

Gjennomgang av hovedregelen i Haagkonvensjonen og barnebortføringsloven om tilbakelevering av ulovlig bortførte barn



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 643

Leveringsfrist: 26.04.2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17 598 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Temaet for oppgaven	1
1.2 Begrepsavklaringer	2
i. Barnebortføring. Tilbakeholdelse	2
ii. Gjenværende forelder	2
iii. Rett til foreldreansvar	2
iv. Bosted	3
1.3 Avgrensninger	4
1.4 Den videre fremstillingen	6
2 RETTSKILDENE; DEN KONKRETE RETTSLIGE REGULERINGEN	6
2.1 Internasjonale konvensjoner	6
2.1.1 Europarådskonvensjonen	6
2.1.2 Haagkonvensjonen 1980	7
2.1.2.1 Tilhørende materiale	9
2.1.3 Haagkonvensjonen 1996	9
2.2 Lover	10
2.2.1 Barnebortføringsloven	10
2.2.1.1 Kort om det konkrete valget mellom transformasjon eller inkorporasjon	11
2.2.2 Barneloven	12
2.3 Forarbeider	13
2.4 Rettspraksis	15
2.5 Rundskriv	16
2.6 Juridisk litteratur	17

<u>3</u>	<u>KORT OM SAKSGANGEN VED BARNEBORTFØRING</u>	<u>18</u>
3.1	Fra utlandet til Norge	18
3.2	Fra Norge til utlandet	19
<u>4</u>	<u>TILBAKELEVERING AV ULOVLIG BORTFØRTE BARN</u>	<u>21</u>
4.1	Om fremstillingen og veien videre	21
4.2	Innledende om vilkårene og hjemmelen for dem	22
4.3	Grensen for foreldreansvaret etter barneloven; flytting utenlands og lovlige utenlandsreiser med barn	22
4.4	Barn – subjekt for tilbakelevering etter HK 1980 art. 4 og barnebortføringsloven § 4	24
4.4.1	Når kan barn kreves tilbakelevert?	27
i.	Geografisk virkeområde	27
ii.	Rettslig problem: Hva er en "ulovlig" bortføring?	28
4.5	Generelt om "rett til foreldreansvar" som vilkår	29
4.6	Hvem kan kreve tilbakelevering av barn?	34
4.7	Grunnlag for foreldreansvar	35
4.7.1	Lovgivning	36
4.7.2	Vedtak	37
4.7.3	Overenskomst	37
4.8	Sammenfatning	38
<u>5</u>	<u>BETYDNINGEN AV BARNETS BOSTED</u>	<u>39</u>
5.1	Innledning	39
5.2	Nærmere om begrepet "habitual residence" i HK 1980	41
5.2.1	Tre tilnærminger til begrepet tegnet opp i rettspraksis	42
i.	Fastsettelse ut fra barnets faktiske situasjon (engelsk terminologi: "child centred focus")	42
ii.	Fastsettelse ut fra barnets situasjon, men ut fra hensyn til foreldrenes intensjon	43

	(såkalt kombinasjonsfastsettelse) (engelsk terminologi: "combined child's connection / parental intention focus")	
iii.	Fastsettelse ut fra foreldrenes intensjoner (engelsk terminologi: "parental intention focus")	44
5.3	Betydningen av samtykke og etterfølgende godkjenning fra gjenværende forelder i forbindelse med endring av "habitual residence"	45
5.3.1	Eksempler fra rettspraksis	45
i.	Spørsmål om samtykke var gitt	45
ii.	Spørsmål om etterfølgende godkjenning var gitt	47
5.4	Barns bosted etter en ulovlig bortføring	48
5.4.1	Tidsaspektet; forskjellen mellom opphør av og etableringen av bosted	52
5.5	Sammenfatning om begrepet "habitual residence"	53
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>54</u>
6.1	Veien videre	55
<u>7</u>	<u>REGISTER</u>	<u>56</u>
7.1	Internasjonale konvensjoner	56
7.2	Lover	56
7.3	Offentlige dokumenter	56
7.4	Norske rettsavgjørelser	57
7.4.1	Høyesterettsavgjørelser	57
7.4.2	Lagmannsrettsavgjørelser	57
7.5	Utenlandsk rettspraksis	58
7.5.1	England	58
7.5.2	USA	58
7.6	Rundskriv	58
7.7	Juridisk litteratur	59
7.8	Tidsskriftartikler	59
7.9	Offentlige dokumenter utarbeidet av Haagkonferansen (HCCH)	59
7.9.1	Rapport	59
7.9.2	Statutter	59
7.9.3	Katalog	59

7.10 Nettsider	60
i. Portal om barnebortføring opprettet av Justisdepartementet og Utenriksdepartementet	60
ii. Haagkonferansens nettsider vedr. HK 1980	60
iii. Database for utenlandsk rettspraksis som henvist til i avhandlingen	61

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

Som oppgavens overskrift viser til, vil det i avhandlingen bli gjort rede for hovedregelen om tilbakelevering av ulovlig bortførte barn, slik den går frem av Haagkonvensjonen¹ artikkel (art.) 12, jfr. art. 3, og barnebortføringsloven² § 11. Konvensjonen får anvendelse der barn blir bortført fra Norge til et annet land som har tiltrådt.

For å gjøre HK 1980 til forpliktelse på trinn med formell lov i Norge, har lovgiver valgt å gjennomføre konvensjonen ved transformasjon (redegjørelse og begrunnelse for hvorfor følger senere i avhandlingen); resultatet av dette er barnebortføringsloven. Loven er hjemmel for begjæring om tilbakelevering av barn etter HK 1980 som er bortført til Norge, jfr. § 11 (1). Som det vil fremgå utover i teksten, er det visse forskjeller i utformingen av de to hovedreglene.

Hovedvilkårene for å kunne begjære et barn tilbakelevert er dog de samme etter både HK 1980 og barnebortføringsloven. En barnebortføring omfattes av HK 1980 og barnebortføringsloven når den oppfyller vilkårene til å være ”ulovlig”, jfr. henholdsvis art. 12, jfr. art. 3, jfr. barnebortføringsloven § 11 (1). For å bli betraktet som ”ulovlig”, må en barnebortføring for det første være i strid med ”rett til foreldreansvar”, jfr. art. 3 (1) litra a, og barnebortføringsloven § 11 (2) litra a. Dette vilkåret reiser krav til en behandling av bl.a.

¹ Haagkonvensjonen 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring (HK 1980).

² Lov av 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse om fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven).

spørsmålet om hvem som kan inneha foreldreansvar, når en bortføring kommer ”i strid” med foreldreansvaret m.v. For det annet må foreldreansvaret faktisk ha vært utøvet på tidspunktet for bortføringen, jfr. art. 3 (1) litra b, og barnebortføringsloven § 11 (2) litra b.

Dersom disse vilkårene er oppfylt, er barnebortføringen å anse som ”ulovlig”, forutsatt av at kravet til stedlig tilhørighet etter konvensjonen og barnets alder er tilstede. Dette vil bli behandlet sammen med vilkårene i den materielle delen av oppgaven.

1.2 Begrepsavklaringer

i. Barnebortføring. Tilbakeholdelse

Når begrepet ”barnebortføring” blir brukt i denne oppgaven, siktes det til en situasjon hvor en forelder ulovlig bortfører barnet sitt til et annet land enn barnets bostedsland. Ved bruk av begrepet ”tilbakeholdelse” siktes det til situasjoner hvor en forelder ulovlig tilbakeholder barnet i et land etter et midlertidig lovlig opphold der, for eksempel etter et ferieopphold eller samvær.³ Det som særpreger sakene, er at familien har tilknytning til to eller flere land.⁴

ii. Gjenværende forelder

Når to foreldre i fellesskap har et barn som bortføres av en av dem, kan de kategoriseres etter den bortførende og den gjenværende. ”Gjenværende” er et billedlig uttrykk av en forelder som opplever at barnet bortføres fra bostedslandet og til et annet land, fortrinnsvis et medlemsland etter HK 1980, og har naturligvis sammenheng med hvordan ”barnebortføring” er definert.

iii. Rett til foreldreansvar

Konvensjonen benytter opprinnelig uttrykket ”rights of custody”, mens barnebortføringsloven bruker ”rett til foreldreansvar”, jfr. henholdsvis art. 3 (1) litra

³ Syse (2009) s. 1

⁴ Kvisberg (2009) s. 25

a, og barnebortføringsloven § 11 (2) litra a. Konvensjonen ble i Norge gjennomført ved transformasjon, hvilket har den betydning at det er den norske teksten som får direkte anvendelse når et tilbakeleveringskrav av et bortført barn til Norge skal prøves rettslig her til lands. Den opprinnelige engelske teksten blir således et tolkningsmoment. Dersom et barn bortføres fra Norge og til et annet land som har tiltrådt HK 1980, er det den engelske teksten som direkte skal brukes - forutsatt av at det aktuelle landet ikke har gjennomført loven ved liknende ordning som Norge.

For at en bortføring skal anses å være "ulovlig" må som nevnt to kumulative vilkår være oppfylt, hvorav det ene går ut på at bortføringen må være i strid med "rett til foreldreansvar", jfr. HK 1980 art. 3 (1) litra a, og barnebortføringsloven § 11 (2) litra a. I HK 1980 art. 5 litra a defineres "rett til foreldreansvar" til å gjelde retten til omsorg for barnets person og særlig retten til å bestemme hvor barnet skal bo. Barnebortføringsloven har imidlertid ingen liknende definisjon av begrepet, men lovgiver har i forarbeidene⁵ til loven kommentert at man sikter til "det man i norsk rett vil si reguleres av foreldreansvaret". Det heter videre i forarbeidene at det er de(n) med foreldreansvar som har rett til å avgjøre hvor barnet skal bo.⁶

iv. Bosted

Mens barnebortføringsloven bruker begrepet "bosted", benytter HK 1980 "habitual residence", jfr. eksempelvis barnebortføringsloven § 11 (1), og konvensjonens art. 3 (1) litra a. Når det gjelder den betydning transformasjon av konvensjonen i norsk lov utgjør, vises det til forrige begrepsavklaring og omtalen av det der.

I motsetning til begrepet "rett til foreldreansvar", er "bosted" ikke definert i HK 1980. Det er like fullt et sentralt begrep etter konvensjonen, da det bl.a. avgjør hvilket lands lovgivning som er avgjørende for hva som betraktes som innenfor

⁵ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) og Innst. O. nr. 84 (1987-88).

⁶ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 18.

rammen av foreldreansvaret. Da HK 1980 ikke inneholder en definisjon av ”bosted”, har heller ikke den norske lovgiveren forsøkt seg på en spesifikk angivelse.

Når den opprinnelige kilden til rettslig løsning av problemet barnebortføring ikke har nedfelt noen definisjon av ”bosted”, må andre rettskilder trekkes inn for å belyse det. Av disse er rettspraksis av sentral betydning, fordi domstolene gir anvisning på hva slags vurdering av begrepet som skal foretas og hvilke elementer som hører med til vurderingen.

Innledningsvis kan det kort nevnes at et av hovedtrekkene ved begrepet, er at det betegnes som et ”faktisk” begrep. I dette ligger at barnets ”bosted” avgjøres bl.a. ut fra faktiske kjensgjerninger, som for eksempel hvor mange år barnet er, hvor det har vokst opp, hvor lenge det har bodd i et annet land o.s.v. Rettspraksis som tar opp dette, både nasjonalt og internasjonalt, vil bli omtalt i den materielle behandlingen av begrepet senere i avhandlingen.

1.3 Avgrensninger

Hovedregelen i HK 1980 om tilbakeføring av ulovlig bortførte barn gjelder også for ulovlig tilbakeholdte barn, jfr. art. 12, jfr. art. 3, og barnebortføringsloven § 11 (1). Som tittelen på avhandlingen hentyder, legges det her fullt fokus på bortføring. I så måte avgrenses det mot tilbakeholdelse og redegjørelse for hva som måtte ligge i begrepet som sådan, for eksempel grensedragningen mot lovlig samvær og de tilfellene det ikke blir tale om ulovlig tilbakeholdelse o.s.v. Selv om det avgrenses mot redegjørelse av ulovlig tilbakeholdelse, vil begrepet og rettspraksis som vedgår beslektede temaer være aktuelt å omtale i forbindelse med behandling av temaet bortføring. Det vil typisk være aktuelt ved behandlingen av barns bosted som vilkår senere i avhandlingen; rettspraksis som involverer ulovlig tilbakeholdte barn vil kunne belyse spørsmålet om når et barn anses for å ha endret bosted, da vilkårene og bestemmelsen er lik både for ulovlig bortførte og ulovlig tilbakeholdte barn.

Norge har inngått flere avtaler om internasjonalt samarbeid som vedrører rettslige løsninger av barnebortføringer. I tillegg til HK 1980, gjelder dette især Den nordiske familierettskonvensjon⁷ og Europarådskonvensjonen⁸. Det som kjennetegner disse to konvensjonene, er at de er rene konvensjoner om anerkjennelse og fullbyrding av barnefordelingsavgjørelser avsagt i utlandet. Dersom saken er avgjort i et annet land som har tiltrådt en av de to konvensjonene, kan avgjørelsen følges rettslig også her til lands. Konvensjonene er i så måte verktøy på veien mot tilbakelevering; har man foreldreansvar etter intern lovgivning i for eksempel Frankrike (som er medlemsland etter konvensjonen), kan man da med bakgrunn i det kreve tilbakelevering etter HK 1980. Fremgangsmåten og hjemmelen for tilbakelevering vil da følge av sistnevnte. Det er dette som er grunnen til at fokuset vies til hovedregelen om tilbakelevering av ulovlig bortførte barn etter HK 1980. Fordi konvensjonene spiller inn på hverandres anvendelsesområde, vil EK 1980 bli kort omtalt i delen om rettskilder.

Formålet med avhandlingen er en redegjørelse av hovedregelen i HK 1980 om tilbakelevering av ulovlig bortførte barn. Til hovedregelen følger det en rekke unntak fra plikten til tilbakelevering, og med disse følger igjen en stor mengde med rettspraksis. P.g.a. begrensningen som er ilagt avhandlingens omfang, vil det føre for langt å redegjøre for unntakene også. Det er uansett ikke til å unngå at noen av unntakene vil bli omtalt i sammenheng med hovedregelen der det er naturlig for å kunne forstå helheten i konvensjonen. Noe av rettspraksisen som vil bli omtalt etter hvert vil også vise til noen av unntakene, men hovedformålet ved å vise til de enkelte dommene er uansett å underbygge redegjørelsen av vilkårene i hovedregelen.

⁷ Konvensjon av 16. mars 1932 mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om anerkjennelse og fullbyrding av dommer (NFK).

⁸ Europeisk konvensjon 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar (EK 1980).

Når formålet ved oppgaven er å behandle hovedregelen om tilbakeføring av ulovlig bortførte barn etter HK 1980 og barnebortføringsloven, vil ikke barnebortføringer som faller utenom disse regelverkene bli behandlet. Dette gjelder typisk barn som blir bortført til ikke-konvensjonsland. Det er nyttig også å vite hvordan disse situasjonene blir løst, men p.g.a. begrensningen i omfang lar det seg ikke gjøre.

1.4 Den videre fremstillingen

Første steg videre i avhandlingen er en redegjørelse for de relevante rettskildene som allerede er omtalt, og som senere vil bli brukt i oppgaven (punkt 2 flg.). Deretter vil det, for å omtale den praktiske fremgangsmåten for å begjære tilbakelevering av barn, bli en kort omtale av saksgangen av henholdsvis bortføringer fra Norge og til Norge (punkt 3 flg.). Etter dette venter den materielle behandlingen, som inneholder en gjennomgang av hvilke barn som kan begjæres tilbakelevert (m.h.t. aldersgrense og geografisk tilhørighet), hva som kreves for at en bortføring er ulovlig, hvem som kan kreve tilbakelevering (herunder en behandling av retten til foreldreansvar) m.v. (punkt 4 flg.). Den materielle delen avsluttes med en gjennomgang av barnets bosted, herunder en redegjørelse for hvordan domstolene tilnærmer seg begrepet i praksis, når et bosted anses opphørt og etablert m.v. (punkt 5 flg.). Til slutt venter en kort oppsummering av avhandlingen (punkt 6).

2 Rettskildene; den konkrete rettslige reguleringen

2.1 Internasjonale konvensjoner

2.1.1 Europarådskonvensjonen

EK 1980 er utarbeidet av Europarådet. Den innebærer at alle land som har tiltrådt den, forplikter seg til å anerkjenne og fullbyrde en avgjørelse om foreldreansvar som er truffet i en annen konvensjonsstat, jfr. barnebortføringsloven § 6 (1) og EK 1980 art. 7. Formålet med konvensjonen er således å sikre at slike avgjørelser er fullt ut gyldige og ikke kan

underkjennes i land som er gjensidig bundet ved ratifisering. Formålet er at realitetsbehandling av spørsmål om foreldreansvar bør og skal legges til den konvensjonsstaten der avgjørelsen ble truffet første gang.

2.1.2 Haagkonvensjonen 1980

Haagkonvensjonen er et avledet resultat av et årelangt europeisk samarbeid på privatrettens område. Det er Haagkonferansen for internasjonal privatrett som har utarbeidet HK 1980. Organisasjonen, som Norge har vært medlem av siden 1955, har i sine statutter nedfelt at formålet dens er å skape fremskritt i retning av en harmonisering (engelsk ordlyd: ”progressive unification”) innen internasjonal privatrett, jfr. art. 1.⁹

HK 1980 er, i motsetning til Europarådskonvensjonen, ingen konvensjon om anerkjennelse og fullbyrding av foreldreansvar. Den har som hovedregel at ulovlig bortførte eller tilbakeholdte barn, d.v.s. i strid med rett til foreldreansvar som faktisk ble utøvd, skal tilbakeføres straks, jfr. art. 12 (1), jfr. art 3 (1) litra a og b. Denne grunnsetningen har fått gjennomslag som prinsipp og hovedregel i praksis, og er blitt utgangspunktet for hvordan internasjonal barnebortføring skal søkes løst.¹⁰

Ved tilbakelevering av ulovlig bortførte barn skal det ikke skje noen prøving av foreldreansvaret som sådan. Konvensjonen feier all tvil om dette unna når den i art. 19 slår uttrykkelig fast at et vedtak om tilbakelevering etter HK 1980 ikke skal tolkes som en ”avgjørelse” (engelsk ordlyd: ”determination”) av realiteten i spørsmålet om ”retten til foreldreansvar” (engelsk ordlyd: ”custody issue”). Den har dermed som mål å gjeninnføre status quo, slik at eventuelt nye påberopte forhold fra den bortførende forelders side som kan endre avgjørelsen om hvem som skal tilkjennes foreldreansvaret, skal tas opp i en rettslig prøving i barnets bostedsland.

⁹ Statute of The Hague Conference on Private International Law.

¹⁰ Kvisberg (2009) s. 55.

HK 1980 spenner over flere verdensdeler; Europa, Nord-Amerika og Afrika er blant de som er representert. Det er også grunn til å understreke at konvensjonens virkeområde er ment å være internasjonalt, d.v.s. ved en bortføring av barn mellom ulike land. En bortføring av barn innenfor Norges grenser, må derfor forfølges etter internrettslige regler. Dette er ikke uttrykkelig sagt i konvensjonen, men går forutsetningsvis frem av konvensjonens tittel, så vel som de ulike artiklene i den. Da kommer spørsmålet om straffansvar for den bortførende forelderen inn i bildet, i tillegg til at retten til foreldreansvar og samvær kan fullbyrdes ved tvang etter norsk lov¹¹, jfr. barneloven¹² § 65.

At status quo er målet bak konvensjonen, gjøres tydelig i art. 1. Denne oppgir at formålet med konvensjonen er å sikre ”umiddelbar tilbakelevering” (engelsk ordlyd: ”prompt return”), jfr. litra a, og å sørge for at retten til foreldreansvar og rett til samvær ”effektivt respekteres” (engelsk ordlyd: ”effectively respected”) i andre konvensjonsstater, jfr. litra b.

For å oppnå de uttalte formålene, gir konvensjonen føringer for hvordan saksbehandlingen skal gjennomføres i praksis. Alle konvensjonsland skal for det første opprette en egen sentralmyndighet, jfr. art. 6 (1). Denne har til oppgave å sørge for arbeidsfordelingen etter konvensjonen blir fulgt. I Norge er sentralmyndigheten etter konvensjonen Justisdepartementet (JD). JD har først og fremst til oppgave å sørge for at de følger opp de anvisningene konvensjonen gir, bl.a. om arbeidsfordeling og saksbehandlingsregler. HK 1980 art. 7 (2) litra (a) – (i) lister opp de pliktige oppgavene til en sentralmyndighet, jfr. ordlyden ”skal”. Dette gjelder for eksempel plikten til å treffe alle ”nødvendige tiltak” (engelsk ordlyd: appropriate measures”) for å finne ut hvor et ulovlig bortført eller tilbakeholdt barn befinner seg, jfr. litra (a), og for å sikre at barnet returneres tilbake frivillig eller at det kommer i stand en minnelig løsning, jfr. litra (c). Listen over hva JD i Norges tilfelle er forpliktet til, er minstekrav; utover det som er oppgitt i art. 7 (2), er JD

¹¹ Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86 (tvangsl.) kap. 13 flg.

¹² Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (barneloven).

forpliktet til å sørge for at man treffer alle nødvendige tiltak for å sikre at formålene med konvensjonen blir oppfylt, jfr. art. 2.

2.1.2.1 Tilhørende materiale

Når en konvensjon er ferdigforhandlet ved Haagkonferansen, utarbeides det en rapport (autentisk terminologi: ”Explanatory Report”) av en rapportør som har fulgt konferansen på nært hold. Rapportøren oppnevnes av konferansen selv. Denne sendes på høring i medlemsstatene før den gis ut. Selv om den ikke er bindende, tillegges den i praksis ofte stor betydning.

Bak rapporten til HK 1980¹³ står Elisa Pérez-Vera, spansk professor og senere dommer i den spanske Konstitusjonsdomstolen. Til og med engelsk rett, som til vanlig legger svært liten vekt på forarbeider, anvender også denne rapporten aktivt, da den er regnet for å være en faglig tungvekt.¹⁴

2.1.3 Haagkonvensjonen 1996¹⁵

HK 1996 sikter bredt; den regulerer jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse og fullbyrding, i tillegg til at den har som formål å forplikte konvensjonslandene til å etablere nødvendige samarbeidsrelasjoner, jfr. art 1. I likhet med HK 1980 bestemmer den også at hvert land skal opprette en sentralmyndighet som skal håndtere saksbehandling og samarbeidet over landegrensene etter konvensjonen.

Norge har per dags dato ikke ratifisert denne konvensjonen. Et utvalg nedsatt av Justis- og Politidepartementet har dog drøftet innholdet av konvensjonen og sammenholdt denne opp

¹³ Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention (heretter Pérez-Vera-rapporten).

¹⁴ Kvisberg (2009) s. 42.

¹⁵ Haagkonvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrding og samarbeid når det gjelder foreldreansvar og tiltak for beskyttelse av barn (HK 1996).

mot de nasjonale lovene og det internasjonale regelverket som Norge allerede er bundet av. De har gått inn for å vurdere praktiske forskjeller og hva som eventuelt må til før Norge kan slutte seg til HK 1996. Bl.a. peker utvalget på at konvensjonen har flere andre jurisdiksjonsgrunnlag enn norsk rett og regler om overføring av jurisdiksjon konvensjonslandene i mellom. Etter å ha lagt vekt på at det er et behov for konvensjonen, med bakgrunn i at det stadig er vanligere med familieforhold der partene er fra ulike land og / eller flytting er vanlig, og at opptil flere medlemsland i Haagkonferansen arbeider med ratifisering, konkluderer utvalget med at Norge bør jobbe videre med sikte på en ratifikasjon av HK 1996.¹⁶

2.2 Lover

2.2.1 Barnebortføringsloven

Barnebortføringsloven § 1 (2) fastslår hvilke bestemmelser som gjelder i forhold til de andre landene som er tilsluttet HK 1980, hovedsakelig §§ 11 og 12, i tillegg til enkeltbestemmelser om saksbehandling o.l. Loven får sitt anvendelsesområde i situasjoner hvor barn er bortført til Norge fra et annet konvensjonsland, jfr. § 11 (1), jfr. § 1 (2). I motsetning til HK 1980 inneholder barnebortføringsloven ikke en uttrykkelig formålsbestemmelse, men forarbeidene til loven oppgir at bl.a. de senere års modernisering med ekteskap på tvers av landegrensene og utstrakt flytting fører til større behov for rettslig regulering av problemet med barnebortføring. Det er dessuten et ønske om at forpliktelse etter HK 1980 skal sørge for effektiv saksgang når barn er bortført fra et konvensjonsland til et annet.¹⁷

Både EK 1980 og HK 1980 er begge gjennomført ved barnebortføringsloven, hvor de har blitt gjenstand for transformasjon og gitt norsk ordlyd som er direkte bindende for norske rettsanvendere. Loven er bygget opp i fem deler, hvorav den første tar for seg virkeområde,

¹⁶ NOU 2004:16 punkt 4.2.3.

¹⁷ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 6.

og de to neste angår henholdsvis anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser som nevnt i EK 1980 og bestemmelsene om tilbakelevering av ulovlig bortførte barn etter HK 1980. Den fjerde delen oppgir saksbehandlingsreglene etter loven, mens femte og siste del inneholder bestemmelser av forskjellig art.

2.2.1.1 Kort om det konkrete valget mellom transformasjon eller inkorporasjon

Transformasjon av en lov finner sted når lovgiver gjengir hele eller deler av eksempelvis en internasjonal konvensjon på norsk. Ved anvendelsen av teksten er det den norske utgaven som gjelder som norsk lov, mens konvensjonens originaltekst vil være et tolkningsmoment ved anvendelsen av den. Dersom en konvensjon inkorporeres, vil det bety at det fastsettes ved lov at den skal gjelde direkte som norsk lov. Det er da originalteksten med dens språk som skal anvendes og fortolkes i tråd med sin internasjonale opprinnelse.¹⁸

Når lovgiver velger å transformere de to konvensjonene, oppstår spørsmål om begrunnelsen for valget. På det generelle plan har Transformasjonskomiteen konkludert med at verken det ene eller det andre har slike fordeler at den bør gis eksklusiv anvendelse, men at hensynet til en effektiv og mest mulig lojal gjennomføring av folkerettsforpliktelsen taler for at en konvensjon inkorporeres.¹⁹ EK 1980 og HK 1980, som begge er folkerettslige avtaler, er altså transformert og gitt norsk språkdrakt i barnebortføringsloven. Dette medfører at hensynet til en effektiv og lojal gjennomføring av forpliktelsen ikke er gitt avgjørende vekt i avveiningen av de to metodene.

Grunnen til at man likevel har valgt å gå for transformasjon er ikke spesifikt angitt i forarbeidene til barnebortføringsloven²⁰. Ved å sørge for at konvensjonene overfor rettsanvenderne er norske, gjør lovgiver jobben med å forstå og i første omgang bruke dem, en del mindre komplisert. Valget kan kanskje også begrunnes med et ønske om størst mulig

¹⁸ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 3 (1998-99), punkt 6.1.1.

¹⁹ NOU 1972:16 s. 84.

²⁰ Se f.eks. Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 23.

likhet med de andre nordiske lands metode; både Sverige og Danmark har nemlig transformert konvensjonene ved liknende lover.²¹

2.2.2 Barneloven

Når HK 1980 gir grunnlag for å tilbakelevere barn som er ulovlig bortført eller tilbakeholdt, er det avhengig av at bortføringen eller tilbakeholdelsen er i strid med en rett til foreldreansvar. Konvensjonen definerer ”rett til foreldreansvar” (engelsk ordlyd: ”rights of custody”) i art. 5 litra a til å være retten til omsorg for barnets person. Hvem som har ansvaret for og retten til omsorg for barnets person og hva som eventuelt fører til at en bortføring er i strid med dette, utledes av loven i landet der barnet hadde sitt bosted før bortføringen, jfr. art. 3 (1) litra a annet komma. Hvem som har foreldreansvar for norske barn, utledes av barneloven.

Begrepet ”foreldreansvar” er ikke legaldefinert i barneloven, men loven bestemmer hva som skal være innholdet i det. I likhet med konvensjonens definisjon, slår også barneloven § 30 første ledd første punktum fast at barnet har krav på omsorg og omtanke fra de som har foreldreansvaret.

Innehaver av foreldreansvaret går frem av §§ 34 – 38: Hovedregelen er at i det tilfelle foreldrene er gift, har de felles foreldreansvar for felles barn, jfr. § 34 første ledd. Er de ikke gift og heller ikke bor sammen, har moren foreldreansvaret alene, jfr. § 35 første ledd. Ugifte foreldre som bor sammen og har felles barn, har felles foreldreansvar for dem, jfr. § 35 annet ledd. Utover dette holder barneloven muligheten åpen for at foreldre som ikke er gift eller foreldre som ikke bor sammen med foreldreansvar for felles barn, kan avtale felles foreldreansvar eller at faren skal ha det alene, jfr. § 35 tredje ledd.

Hvem som har foreldreansvaret, har for det første betydning for omfanget av hvilke avgjørelser man alene kan ta på vegne av barnet. Sentralt for denne avhandlingen, er

²¹ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 9.

barneloven § 40 første ledd som bestemmer at den som har foreldreansvar alene, ensidig kan avgjøre at barnet skal følge med på en eventuell flytting utenlands. Er foreldreansvaret delt, må begge samtykke til flyttingen. Hva gjelder utenlandsreiser med barnet, har de med felles foreldreansvar eller den med foreldreansvar alene rett til å ta med barnet på kortere (barnelovens ordlyd: ”stuttare”) utenlandsreiser, jfr. § 41 første ledd, første punktum. Den som kun har samværsrett med barnet, kan ikke uten samtykke fra den med foreldreansvar reise utenlands med barnet. Unntak kan riktig nok gjøres dersom retten ved kjennelse gir forelderen samtykke til å reise, jfr. § 41 fjerde ledd, jfr. tvisteloven²² § 19-1 (2). Da utenlandsreiser får betydning for hva som ligger i ”rett til foreldreansvar” etter barnebortføringsloven § 11 (2) litra a, vil spørsmålet om grensene for kortere utenlandsreiser bli problematisert i den materielle delen av avhandlingen.

For det annet har fastsettelse av foreldreansvar betydning for anvendelse av HK 1980. Det er som tidligere nevnt et av vilkårene for gjennomslag av hovedregelen at en bortføring er i strid med rett til foreldreansvar. Dette må avgrenses negativt mot de tilfellene der en forelder kun er tilkjent samværsrett; en slik rett er ikke tilstrekkelig for å kunne kreve tilbakelevering etter konvensjonen. Samtidig har HK 1980 som formål å også sørge for at rett til samvær ”effektivt respekteres” i andre konvensjonsland. Dette gjennomføres heller da ved at landene pålegges å legge opp til en organisert samværsrett eller sikre at samværsretten kan gjennomføres, men da i det nye bostedslandet, se HK 1980 art. 21 (1).

2.3 Forarbeider

Når konvensjoner blir transformert og gitt norsk språkdrakt kan det oppstå spørsmål særlig knyttet til ulike begrep, da den norske oversettelsen / utgaven kan avvike noe rent språklig fra den opprinnelige ordlyden i konvensjonsteksten. Det er den norske loven som er utgangspunktet for hva Norge rent etter ordlyden har forpliktet seg til, men den engelske ordlyden i HK 1980 vil være et sentralt tolkningsmoment da barnebortføringsloven er tuftet på mønsteret etter nettopp denne. I de tilfeller der det kan være språklige og

²² Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven, tvl.).

innholdsmessige forskjeller mellom den engelske og norske ordlyden, er forarbeidene sentrale. Disse vil da kunne være med på å klargjøre en tolkning noe nærmere; bl.a. er det interessant for rettsanvenderen om et eventuelt avvik er diskutert fra lovgivers side, eller ikke problematisert i det hele tatt. Dersom lovgiver har gått inn for å gjennomføre et bevisst avvik fra den internasjonale konvensjonen, er det dette som må gå foran ved de nasjonale domstoler. Hvis et avvik ikke er drøftet nærmere, er det grunn til å supplere med praksis for å undersøke om dette i større grad kan belyse problemet.

Forarbeidene til barnebortføringsloven er gitt i form av Ot.prp. og Innst. O. Førstnevnte, som inneholder et konkret lovforslag fra Regjeringen, inkluderer departementets alminnelige merknader og særskilte merknader til de enkelte bestemmelser i utkastet. I de alminnelige merknadene gjør departementet rede for innholdet i EK 1980 og HK 1980, i tillegg til å omtale noen rettspolitiske spørsmål. Dette er for eksempel spørsmålet om behovet for ratifikasjon og om konvensjonene gir muligheter for tilstrekkelig effektive hjelpemidler.²³ De særskilte merknadene vil, som nevnt ovenfor, ha betydning i de tilfellene det oppstår språklige eller innholdsmessige avvik i den norske ordlyden kontra den engelske konvensjonsteksten.

Sistnevnte er et resultat av Justiskomiteens behandling av Regjeringens forslag til ny lov. I innstillingen kan komiteen komme med merknader og avsluttende tilrådning. Det er særlig det ulovlige selvtjektsaspektet ved handlingen som Justiskomiteen holder opp mot reglene om tilbakelevering i HK 1980 og den effektiviteten de er ment å sikre. Reglene, som skal sikre en unison tilnærming mot problemet i konvensjonslandene, vil kunne favne om alle som p.g.a. kulturelle ulikheter har vanskelig for å forsone seg med barnefordelingsavgjørelser, og derav begår handlinger som ”prinsipielt ikke [lar seg] forsvare”.

²³ Ot. prp. nr. 52 (1987-88) s. 7 flg.

En sentral del av innstillingen går med til å gjøre rede for konsekvensene ved gjennomføring av konvensjonens regler (punkt 4, s. 2 – 3). Bl.a. henviser Justiskomiteen til det som var et sentralt forhandlingspunkt ved utarbeidelsen av HK 1980, nemlig spørsmålet om man skulle ha en konvensjon med få eller ingen unntaksbestemmelser fra tilbakeleveringsplikten (såkalt ”sterk” konvensjon), eller en konvensjon med opptil flere unntak (såkalt ”svak” konvensjon). Hovedargumentet for en sterk konvensjon, er at landene får en mer absolutt konvensjon å forholde seg til, og dermed en svært utstrakt plikt til å tilbakelevere barn. Det var især de nordiske landene som var for en svak konvensjon; årsaken til dette, er som komiteen beskriver ”hensynet til barnets beste”; ved en absolutt konvensjon ble det argumentert med en fare for å miste muligheten til å ivareta barnets beste i de situasjonene man ser at det ikke er overensstemmende med tilbakelevering. Resultatet av drakampen mellom landene som ønsket den ene og den andre formen, ble unntakene i HK 1980 art. 13 (1) og (2), samt barnebortføringsloven § 12, som gjenspeiler et kompromiss. Justiskomiteen vurderer det dit hen at disse unntakene åpner opp for en god nok mulighet til å ivareta hensynet til barnets beste etter konvensjonen.²⁴

2.4 Rettspraksis

På barnerettens område er det rikt med rettspraksis. Når Norge velger å slutte seg til en internasjonal konvensjon om tilbakelevering av ulovlig bortførte barn, øker sakene i mangfold både nasjonalt og internasjonalt. Konvensjonen tolkes i sin opprinnelige form og språk i flere medlemsland av Haagkonferansen, og her til lands tolkes barnebortføringsloven etter sin ordlyd, med originalteksten som tolkningsmoment. Når den engelske teksten er relevant for tolkningen for de norske domstolene, er et relevant internasjonalt materiale tilgjengelig, som vokser seg svært stort i hastighet og omfang.

HK 1980 er en vilkårsstyrt konvensjon som baserer seg på både definerte og udefinerte begrep. For de udefinerte begrepene, som for eksempel ”bosted”, vil rettspraksis ha stor betydning m.h.t. hvordan rettsanvenderne skal tilnærme seg begrepet, hvilke momenter

²⁴ Innst. O. nr. 84 (1987-88) s. 2.

som er relevante for å fastslå barnets bosted o.s.v. Hva gjelder de definerte begrepene, eksempelvis ”rett til foreldreansvar”, vil domstolene måtte ta sitt utgangspunkt i konvensjonens ordlyd. Utover dette kan den typisk trekke inn rapporter og forklarende dokumenter som Haagkonferansen utarbeidet ved ikrafttredelsen av konvensjonen. Rettspraksis vil i disse tilfellene supplere disse kildene med eksempler på hvordan domstolene forstår begrepene, hvordan de tolkes i dagens lys m.v.

Når norske domstoler skal prøve krav om tilbakelevering av barn som er bortført til Norge, er det den norske ordlyden i barnebortføringsloven som får direkte anvendelse. Den engelske teksten er et relevant tolkningsmoment; påfølgende internasjonal rettspraksis som tolker begrep etter den engelske utgaven kan da være relevante rettskilder. Dette må dog ses i lys av de norske lovforarbeidene hvor lovgivers intensjoner er omtalt, og hvor eventuelle avvik fra den engelske teksten kan være gjort bevisst eller ikke være omtalt i det hele tatt.

I avhandlingen vil rettspraksis bli brukt fortløpende til å eksemplifisere forståelsen av vilkår og begrep. Det er i særdeleshet rikt med eksempler på når en bortføring kommer ”i strid” (engelsk ordlyd: ”in breach of”) med rett til foreldreansvar, jfr. art 3 (1) litra a, og barnebortføringsloven § 11 (2) litra a, samt om begrepet ”bosted”.

2.5 Rundskriv

I forbindelse med ikrafttredelsen av barnebortføringsloven som transformerte både EK 1980 og HK 1980, utarbeidet JD et rundskriv²⁵ som ble sendt ut til namsrettene²⁶, lagmannsrettene, Høyesterett m. fl. Dokumentet omtaler alt fra målsettingen ved

²⁵ Rundskriv G-136/91: Europakonvensjonen og Haagkonvensjonen om barnebortføring.

²⁶ Årsaken til dette er at namsretten tidligere var instans for mottakelse av begjæring om tilbakelevering etter barnebortføringsloven § 13 (1); dette ble endret til å være tingretten først ved lov av 30.08.2002 nr. 67.

tiltreddelsen av de to konvensjonene, til den konkrete anvendelsen av dem, herunder praktiske opplysninger om utfylling av begjæringer og informasjon om sakens videre gang.

Rundskrivet ble i sin tid utarbeidet som et praktisk oppslagsverk for de som skulle anvende barnebortføringsloven og eventuelt møte på spørsmål som bød på tvil; dette går frem av hvem det ble sendt til, nemlig først og fremst domstoler. Nå som det er gått en del år siden loven ble tatt i bruk, har domstolene etter hvert utarbeidet eksempler i praksis som er vel så anvendelige som verktøy for å løse tvilsspørsmål. Rundskrivet er dermed blitt noe utdatert, men kan fortsatt være forklarende der forarbeider og praksis er tause. Skrivet gir, uansett antall år siden det ble laget, uttrykk for tankene JD hadde ved innføringen av de to konvensjonene og hvordan de så for seg loven fungere i praksis.

Dessuten gjøres det noe nærmere rede for JD sin rolle og hva de anser seg forpliktet til som sentralmyndighet utover det som allerede er pålagt ved konvensjon. Det nevnes for eksempel at ved mål om å oppnå en frivillig, ikke-konvensjonsavtale om tilbakelevering, samvær e.l., vil JD ikke se det som sin oppgave å ta direkte kontakt med bortføreren for å få i stand dette (se s. 45).

2.6 Juridisk litteratur

I lang tid har temaet internasjonal barnebortføring blitt behandlet enkeltvis knyttet opp til andre temaer eller i forbindelse med omtale av lover. Dette forandret seg imidlertid i 2009, da det på bakgrunn av en doktorgradsavhandling ble utgitt et samlet verk om emnet av Torunn Kvisberg, *Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnebortføring*. Avhandlingen favner for det første om tradisjonell internasjonal privatrett, der det tas utgangspunkt i norske lovregler, og for det andre en behandling av de relevante internasjonale regelverkene som Norge har forpliktet seg til; dette er i all hovedsak HK 1980. Forfatteren har, i tillegg til arbeidet med avhandlingen, også vært en del av Norges delegasjon i forhandlingene vedr. utarbeidelsen av HK 1996. Til nå er denne avhandlingen den mest avgrensede og spesialiserte på området, og fordi forfatteren har lang teoretisk og

praktisk fartstid innen barnerett, er den et godt utgangspunkt og et praktisk viktig oppslagsverk.

Det finnes også utenlandsk juridisk litteratur om emnet. Litteraturen knytter seg til bl.a. til HK 1980 og praksis omkring denne. I den grad litteraturen er med på å belyse innholdet av konvensjonens begrep, slik at man får frem en tolkning som er lojal mot de internasjonale forpliktelsene, er den nyttig å ta med. Dette omtales gjerne i forbindelse med praksis, som igjen vil være retningsgivende når domstolene problematiserer konvensjonstekst som Norge er bundet av.

3 Kort om saksgangen ved barnebortføring

3.1 Fra utlandet til Norge

Ved bortføring av barn fra et konvensjonsland til et annet, er første trinn å fylle ut og levere en søknad om tilbakelevering. Denne leveres til sentralmyndigheten i barnets bostedsland, som deretter sender den videre til sentralmyndigheten i det andre landet. For å unngå en dobbeltbehandling av denne delen av prosessen, nøyer jeg meg med å vise til den mer utførlige behandlingen av dette i neste underpunkt.

Når et barn bortføres fra et konvensjonsland til Norge, gjelder saksbehandlingsreglene i barnebortføringsloven for den nærmere fremgangsmåten. For å sette i gang den rettslige prosessen internt, er forelderen avhengig av å sette frem en begjæring om tilbakelevering, jfr. barnebortføringsloven § 13 (1). Denne settes frem for tingretten, som er saklig kompetent førsteinstans etter loven. Om begjæringen tas til følge eller ikke, avgjøres ved kjennelse, jfr. § 13 (1); denne kan angripes ved ordinære rettsmidler etter reglene for sivile tvister. De nærmere bestemmelser om dette følger av tvl. § 29-2 (1).

Til begjæringen stilles det visse formkrav etter barnebortføringsloven: Den må for det første være skrevet på enten norsk eller engelsk, eller være ledsaget av oversettelse til norsk, jfr. barnebortføringsloven § 13 (2) første punktum. Begjæringen skal dessuten inneholde visse formalia, både om det bortførte barnet og forelderen som begjærer det tilbakelevert, samt noe informasjon om forelderen som står bak den ulovlige handlingen, jfr. § 15 (1). Dette er minstekrav etter loven, jfr. ordlyden ”skal”. Dersom søknaden ikke inneholder de lovpålagte kravene, plikter ikke JD som sentralmyndighet å ta i mot den; det går frem av HK 1980 art. 27 første punktum.

Barnebortføringsloven oppstiller som saksbehandlingskrav til tingretten at den skal behandle begjæringen ”uten opphold”, jfr. § 16 (1). Dette er en gjennomføring av HK 1980 sitt krav om effektiv saksbehandling fra konvensjonslandene, slik de er angitt i bl.a. art. 2 og art. 11 (1): Førstnevnte gjelder kravet om å treffe alle nødvendige tiltak for å sikre oppfyllelse av konvensjonens formål, mens den andre uttrykkelig pålegger en effektiv saksbehandling.

Tingretten plikter videre å gjøre seg kjent med barnets egen oppfatning før den treffer endelig avgjørelse dersom det er mulig, jfr. barnebortføringsloven § 17. Blir dette gjort, skal barnets uttalelser vektlegges og brukes sett i lys av dets alder og modenhet. Tidligere var det fra Justis- og politidepartementets side kun veiledende anbefalt å la barn fra syvårsalderen få uttale seg i slike saker. Ved lov av 20. juni 2003 nr. 40, går det imidlertid nå direkte frem av barneloven § 31 annet ledd at barn fra denne alderen skal få si sin mening når det tas avgjørelser om personlige forhold for barnet. Denne gjelder også for tilbakeleveringsbegjæringer etter barnebortføringsloven, jfr. fotnotene til bestemmelsen i barneloven.

3.2 Fra Norge til utlandet

Når et barn bortføres fra Norge til et annet konvensjonsland, er første steg på veien å levere søknad om tilbakelevering. Dette gjøres overfor sentralmyndigheten (i Norges tilfelle JD) i landet der barnet har sitt bosted eller i hvilken som helst annen konvensjonsstat, jfr.

art. 8 (1). Hvis sentralmyndigheten som mottar søknaden har grunn til å tro at barnet befinner seg i en annen konvensjonsstat, skal den ”direkte og uten opphold” (engelsk ordlyd: ”directly and without delay”) sende søknaden til sentralmyndigheten i den aktuelle staten, jfr. art. 9. Søknaden må oppfylle visse formkrav for å tas til etterretning; dette er først og fremst formalia som barnets identitet, fødselsdato osv., jfr. art. 8 (2) litra a – d.

Sentralmyndigheten har til oppgave å kontrollere den mottatte søknaden. Dette går frem av HK 1980 art. 11 (1), som slår fast at det er deres oppgave å foreta ”raskest mulig saksbehandling”. For å sette i gang en rettslig prosess hvor krav om tilbakelevering skal prøves, må det fremmes en begjæring. Det er denne som skal prøves rettslig; søknaden er således et ledd i den interne saksbehandlingen sentralmyndighetene i mellom.

Når et konvensjonsland får tilsendt en søknad om tilbakelevering av et barn som antas å oppholde seg i landet, plikter sentralmyndigheten der å treffe alle tiltak som er ”egnet til” (engelsk ordlyd: ”appropriate measures”) å bidra til frivillig tilbakelevering, jfr. art. 10. For lettest å sørge for at alle stater følger samme fremgangsmåte ved mottakelsen av en søknad, har Haagkonferansen utarbeidet en form for katalog²⁷ som alle land kan forholde seg til. Her er det listet opp bl.a. forventninger om at konvensjonslandene for det første skal gjøre det de kan for å forsøke å lokalisere barnet. Er barnet ikke i landet, returneres søknaden. Viser det seg at barnet lokaliseres i landet, legges det vekt på å forsøke å oppnå frivillig enighet, jfr. punkt. 5.26. Dersom dette ikke er mulig, er det sentralmyndighetens oppgave å sørge for at forelderen som har søkt om tilbakelevering, får den tilgangen til rettssystemet han eller hun trenger. Det er også sentralmyndighetens jobb å sørge for at alle landets lovpålagte prosedyrer følges i saken, slik at forelderen bak søknaden ikke stilles dårligere enn en av landets egne borgere ville gjort, jfr. henholdsvis punkt 5.27 og 5.29.

²⁷ Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice.

Overfor barnet plikter sentralmyndigheten å forhindre at dette ikke utsettes for ytterligere ulemper (engelsk ordlyd: "harm"), jfr. punkt 5.30. Det er også en forutsetning at sentralmyndigheten er en nøytral instans som har til formål å motta, kontrollere og følge opp søknaders videre gang. Dette uttrykkes ved at ingen av partene i saken skal utsettes for forhåndsdømming (engelsk ordlyd: "prejudice"), jfr. punkt 5.30. Utover dette kan det tenkes at sentralmyndigheten formidler kontakt med det nasjonale sosial- og velferdssystemet, men dette varierer fra land til land, se punkt 5.33. Dette henger sammen med forventningene om at sentralmyndigheten skal overvåke og følge sakens gang i rettssystemet, begrunnet i at prosessen ofte tærer på forelderens psykiske og fysiske tilstand, jfr. punkt 5.32.

4 Tilbakelevering av ulovlig bortførte barn

4.1 Om fremstillingen og veien videre

Når barn bortføres fra Norge til et annet land som er forpliktet etter HK 1980, er det denne konvensjonen som angir vilkår og fremgangsmåte for krav om tilbakelevering; motsatt er det barnebortføringsloven som skal tas i bruk når et barn bortføres fra et medlemsland etter HK 1980 og til Norge.

Fordi barnebortføringsloven gjennomfører og hele veien bygger på mønsteret etter HK 1980, er de materielle vilkårene for tilbakelevering de samme. Å dele opp behandlingen etter typetilfelle av situasjon (inn eller ut av Norge) videre, vil derfor føre til en dobbeltbehandling og ikke være særlig hensiktsmessig. Behandlingen vil derfor bli samkjørt etter vilkår, hvor eventuelle forskjeller mellom konvensjonen og loven vil bli redegjort for etter hvert som de skulle dukke opp.

4.2 Innledende om vilkårene og hjemmelen for dem

De tre vilkårene dreier seg om subjektene og objektet etter HK 1980. Med dette siktes det for det første hvem som kan kreves tilbakelevert etter konvensjonen. Konvensjonens barnebegrep er ikke et entydig begrep, men må avgrenses nærmere. Hvert konvensjonsland kan ha sin egen oppfatning om hva av aldersbegrensning som ligger i begrepet; det kan bli benyttet paralleller til den kriminelle lavalder, myndighetsalder osv. For å sikre et konvensjonsautonomt begrep, er det derfor viktig at konvensjonen gir føringer i hva som ligger i begrepet. Dette vil det bli gjort nærmere rede for i det kommende avsnittet.

For det annet menes hvem som kan kreve tilbakelevering. Som tidligere nevnt er det foreldreansvar som utløser rett til å kunne benytte seg av den nedfelte sanksjonen. Det må dog presiseres hva som ligger i dette begrepet, og hva som må avgrenses mot det. For å belyse dette nærmere, vil det være sentralt å trekke inn praksis fra Norge og øvrige konvensjonsland. Ved å gjøre det, vil det bli klarere m.h.t. hva ved begrepet som er slått fast og ubestridt, og hva som det eventuelt fortsatt er strid om.

For det tredje må objektet etter konvensjonen gjøres rede for. Det er noe misvisende å referere til vilkåret som objekt, etter som det er konvensjonens bostedsbegrep som vises til. Dette er et sentralt og gjennomgående uttrykk, som bl.a. får betydning i forhold til om konvensjonen i det hele tatt kan anvendes. I tillegg får begrepet anvendelse i tilknytning til foreldreansvarsbegrepet, for å fastslå om foreldreansvaret ble utøvet i bostedsstaten, se HK 1980 art. 3 (1) litra a.

4.3 Grensen for foreldreansvaret etter barneloven; flytting utenlands og lovlige utenlandsreiser med barn

En barnebortføring er ulovlig når den for det første er i strid med ”rett til foreldreansvar”, jfr. HK 1980 art. 3 (1) litra a og barnebortføringsloven § 11 (2) litra a. For å kunne fastslå hva som er rett til foreldreansvar etter norsk lov, er barnelovens femte kapittel avgjørende; dette er også redegjort for innledningsvis i rettskildebehandlingen av loven. Når man har

klarlagt hvem som har foreldreansvaret, er det videre sentralt å klarlegge hva som ligger innenfor rammen av foreldreansvaret. Dette er avgjørende for når en barnebortføring kan anses for å være ”i strid” med retten til foreldreansvar.

Når et barn bortføres fra Norge til et annet konvensjonsland, er det barneloven som bestemmer hva som ligger i retten til foreldreansvar, og hva en forelder med foreldreansvar kan foreta seg av flytting og reiser utenlands med barnet. Hva gjelder flytting utenlands med barnet, bestemmer barneloven § 40 første ledd at den som har foreldreansvar alene, ensidig kan avgjøre at barnet skal følge med på en eventuell flytting utenlands. Er foreldreansvaret felles, må begge samtykke til flyttingen.

Utover flytting utenlands, kan den som har (del i) foreldreansvar ta med barnet på ”stuttare” (kortere) utenlandsturer, jfr. § 41 første ledd første punktum. Forelder som kun har samværsrett med barnet kan ikke reise utenlands med barnet; dette slås uttrykkelig fast i fjerde ledd, der det oppgis at det må samtykke til fra den med foreldreansvar. Hva som menes med ”stuttare”, er ikke lovdefinert og heller ikke problematisert i forarbeidene. Bestemmelsen viderefører dog den gamle § 43 a i barneloven, og her ble begrepet ”stutte” (korte) brukt. Forarbeidene den gang nevnte som eksempel chartertur i en ferie.²⁸ Når barneloven nå anvender ”stuttare”, kan varigheten av reisen uansett ikke være kortere enn dette. Backer skriver i den nye kommentarutgaven til barneloven at utenlandsreiser utover tre måneder neppe kan falle innenfor rammene av dette begrepet.²⁹

En kjennelse³⁰ avsagt av lagmannsretten støtter også opp under dette: Saken gjaldt kjæremål over herredsrettens kjennelse, som ikke tok kjærende parts (heretter A) begjæring om utreiseforbud overfor kjæremotparten (heretter B) til følge. B ønsket A sin medunderskrift på søknad om pass til deres felles barn, C. Da dette ikke ble gitt, fremsatte

²⁸ Ot.prp. nr. 62 (1979-80) s. 51.

²⁹ Backer (2008) s. 371.

³⁰ RG 1999 s. 1555 (Gulating).

A allikevel søknader uten B sin underskrift. B fremsatte da begjæringen som ikke ble tatt til følge av Sunnhordland namsrett, med den konsekvens at Hordaland politikammer utstedte pass. Reisen ble oppgitt til å vare fra februar til mai, i en periode på litt over tre måneder. Kjæremålet angikk bl.a. lovanvendelsen, der A mente en reise på over tre måneder ikke falt inn under begrepet ”stuttare”. Spørsmålet ble da, under kjæremålet over lovanvendelsen, om en reise på over tre måneder kunne anses som ”stuttare”.

Lagmannsretten starter med å slå fast at begrepet er noe uklart, da det ikke er klart hva reisen i tilfelle skal være kortere enn. Deretter holder de begrepet opp mot bestemmelsen om flytting utenlands, § 40, og går ut fra at hvis dette er eneste sammenlikningsgrunnlag, må ”stuttare” utenlandsreise kunne være reiser av en viss varighet. De trekker inn forarbeidene³¹ for å forsøke å få større klarhet i hva som ligger i begrepet, som nevner eksempler som vanlige ferieturer o.l., men da disse ikke tilstrekkelig klart kan vise at en reise på over tre måneder ikke kan falle inn under begrepet, kan lagmannsretten heller ikke legge en så snever fortolkning til grunn. Til støtte for dette nevner retten videre det de mener er ”klare, reelle hensyn”, og argumenterer med at det ville oppstått et ”lovtomt rom” dersom man hadde lagt en så snever tolkning av begrepet til grunn, da dette ville utelukket alle reiser av en viss varighet som ikke innebar flytting (s. 1562). Lagmannsretten kom da til at en reise på litt over tre måneder kunne anses som ”stuttare”, og kjæremålet over lovanvendelsen ble ikke tatt til følge.

4.4 Barn – subjekt for tilbakelevering etter HK 1980 art. 4 og barnebortføringsloven § 4

Formålet ved Haagkonvensjonen 1980, og da også ved barnebortføringsloven, er bl.a. å sikre en ”umiddelbar tilbakelevering av barn”, jfr. art. 1 litra (a). Haagkonferansen har da hatt som mål å beskytte barn som gruppe ved vedtakelsen og innføringen av konvensjonen. Målet står selvfølgelig side om side med ønsket om å ivareta og beskytte foreldreansvaret, jfr. litra (b), men det er barnet som står i sentrum. Hele strukturen i konvensjonen er en

³¹ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 49 flg.

underbyggelse av dette; den hviler på intensjonen om å ta i bruk en konvensjon som tar stilling til tilbakelevering av barnet som sådan, men ikke foreldreansvaret. Det som skal realitetsbehandles ved en begjæring om tilbakelevering er vilkårene gitt i konvensjonen; foreldreansvaret skal og bør prøves i barnets bostedsland. Dette viser art. 19 i HK 1980, som konstaterer at et vedtak om tilbakelevering ikke skal tolkes som avgjørelse av realiteten i spørsmålet om ”retten til foreldreansvar.” Årsaken til dette er at vilkårene som prøves etter HK 1980 er vilkår som er gitt med det formål å enten tilbakelevere eller avslå en begjæring om tilbakelevering; de er ikke gitt med det mål for øye å kunne tildele noen av foreldrene et ansvar for barnet alene.

Selv om HK 1980 og barnebortføringsloven har til formål å beskytte barn som gruppe, er dette likevel gjort i noe begrenset utstrekning; art. 4 og § 4 gjør det nemlig klart at disse ikke er anvendelige på bortføring av barn som har fylt 16 år. Den øvre aldersgrensen er absolutt: Etter at barnet er fylt 16 år, er det ingen unntaksregler som gjør at konvensjonen likevel kan få anvendelse.

Når HK 1980 i art. 1 og innledningsvis i art 4. ser ut til å favne om alle barn, men senere avgrenser dette mot 16-åringer og eldre, må det spørres hvorfor det er gjennomført en slik ordning. Dette er bl.a. begrunnet med at barnet etter fylte 16 år som regel vil ha sine egne oppfatninger og meninger om foretrukket bosted.³² Dette vil vanskelig kunne ignoreres og må derfor respekteres av (sentral)myndigheter så vel som av foreldre. At dette er helt sentralt, kommer forutsetningsvis også frem i barnebortføringsloven § 17, som bestemmer at retten skal gjøre seg kjent med barnets egen oppfatning før den treffer avgjørelse om tilbakelevering, så fremt dette er mulig.

Oppfatningen er dessuten i tråd med en av unntaksmulighetene fra tilbakelevering, som bestemmer at påbud om tilbakelevering ikke er pliktig for mottakerlandet dersom barnet

³² Pérez-Vera-rapporten punkt 77.

motsetter seg dette og barnet har oppnådd en alder og modenhetsgrad som gjør det ”naturlig å ta hensyn til” dets mening, jfr. HK 1980 art. 13 (2) og barnebortføringsloven § 12 litra c. Ved vurderingen av dette unntaket vil det da være relevant å trekke paralleller mot den øvre konvensjonsfastsatte aldersgrensen på 16 år for å danne seg et sammenlikningsgrunnlag.

Et annet aspekt ved aldersbegrensningen kan være det faktum at barn over 16 år ikke faller inn under det kjernebegrepet som HK 1980 søker å omfatte. Barn som gruppe kjennetegnes gjerne ved at de er forsvarsløse og er avhengig av voksne som tar avgjørelser på deres vegne; etter sin 16. fødselsdag er man riktig nok ikke lenger på bar bakke og uten eget nettverk. Dette har man bygget opp selv som mindreårig, og dermed står man rustet sterkere til å kunne nyttiggjøre seg av det på egenhånd.

Dersom barnet som er bortført er eldre enn 16 år, er den praktiske konsekvensen av at søknaden om tilbakelevering ikke fyller konvensjonens vilkår at mottakerlandet ikke plikter å ta i mot søknaden, jfr. HK 1980 art. 27. Dersom barnet fyller 16 år mens begjæring om tilbakelevering behandles, må saken med det grunnlag heves. Hvis rettsavgjørelse om tilbakelevering er truffet før barnet fyller 16 år, skal den uansett ikke fullbyrdes etter dette tidspunkt; begge deler følger av det ovennevnte punktet i Pérez-Vera-rapporten.

Hvis barn over 16 år skal kunne tilbakeleveres med den fremgangsmåten det er lagt opp til etter HK 1980, må dette altså skje uavhengig av konvensjonen. En måte å få dette til på, er for eksempel gjennom bilaterale eller multilaterale avtaler. Mottakerland kan også legge til rette for det gjennom lovs vedtak som forplikter dem til å tilbakelevere barn også over 16 år, slik at de eksempelvis også faller inn under FNs barnekonvensjons³³ barnebegrep, jfr. art. 1, som setter en øvre aldersgrense på 18 år.

³³ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen, BK).

4.4.1 Når kan barn kreves tilbakelevert?

Til dette spørsmålet hører redegjørelse av (i) geografisk virkeområde og (ii) hva som er en ”ulovlig bortføring” etter HK 1980 art. 3 og barnebortføringsloven § 11 (2) hjemme.

i. Geografisk virkeområde

HK 1980 er per 6. april 2010 ratifisert av 82 land. En full liste over alle landene (som stadig oppdateres) er gjort tilgjengelig på Haagkonferansens nettsider.

Konvensjonen er ordnet slik at den er åpen for undertegning av alle stater som var medlem av Haagkonferansen på den tid da den fjortende sesjon ble avholdt, jfr. art. 37 (1); i klarere ordelag, omfatter det de landene som var medlem da konvensjonen første gang ble lagt frem for undertegning i 1980.

Utover de landene som var medlem av Haagkonferansen på tidspunktet for undertegning i 1980, står enhver annen stat i utgangspunktet fritt til å tiltre konvensjonen, jfr. art 38 (1). Tiltredelsen får dog kun betydning mellom den stat som har tiltrådt og de statene som uttrykkelig erklærer at de godkjenner tiltredingen, jfr. art. 38 (4) første punktum. Dersom et land går til det skritt å godkjenne en tiltreding, kan denne for eksempel begrenses territorielt innenfor landets grenser.³⁴ Dette kan senere modifieres ved en utvidelse eller ved at man i en erklæring velger å gå bort fra denne ordningen.

Norge, som er et enhetlig land uten inndeling etter stater e.l., har ikke mulighet til å begrense en tiltreding på denne måten. Dermed gjelder en godkjennelse fra norsk side fullt ut; den er å betrakte som absolutt overfor landet som tiltrer. Dette er jo også nødvendig for at konvensjonen skal få den effektive etterlevelsen som den har intensjoner om. På den annen side kan det argumenteres med at godkjenninger overfor land med radikalt annen barne(vern)slovgivning enn Norge vil være til skade for barnet og derfor ikke lenger ha en forutsetning om at barnefordelingssak i

³⁴ Pérez-Vera-rapporten punkt 148.

bostedslandet er til barnets beste – i alle fall etter norsk synspunkt. Da er det muligens heller ikke fordelaktig å gi forelderen og sentralmyndighet i dette landet det vide spillerommet til å kreve tilbakelevering som HK 1980 gir.

ii. Rettslig problem: Hva er en ”ulovlig” bortføring?

Etter HK 1980 art. 12 (1) og barnebortføringsloven § 11 (1), skal barn som er ”ulovlig bortført” tilbakeleveres. Hva som er en ”ulovlig” bortføring av barn, defineres i henholdsvis art. 3 (1) og § 11 (2). Her går det frem at en bortføring er ulovlig dersom den er ”i strid” med rett til foreldreansvar. Det blir dermed helt sentralt å problematisere hva som fører til at en bortføring er i strid med foreldreansvaret.

En norsk statsborger får sitt foreldreansvar fastsatt etter barneloven. Det er dermed bestemmelsene i denne som danner grunnlag for hvilket omfang foreldreansvaret har; hva en forelder kan tillate seg i kraft av foreldreansvaret etter norsk lov, og hva foreldrene må avstå fra. Under punkt 4.3 ble det gjort rede for forskjellen på hva en forelder med tilkjent foreldreansvar kan foreta seg med barnet i feriesammenheng, kontra en forelder som kun har samværsrett. Dersom en forelder uten foreldreansvar tar barnet med seg utenlands på ferie uten samtykke fra den andre forelderen, er dette ulovlig etter barneloven § 41 fjerde ledd første punktum. Når handlingen er ulovlig etter norske bestemmelser om foreldreansvaret, er handlingen også ”i strid” i forhold til HK 1980 og barnebortføringsloven sine terminologier. Det vil også typisk bli betraktet som en ”ulovlig” bortføring etter de nevnte bestemmelsene dersom forelder med foreldreansvar tar med barnet på en utenlandsreise som går utover den tillatte varighet, nemlig ”stuttare” (kortere) utenlandsreiser, se barneloven § 41 første ledd første punktum.

Om en bortføring er ”i strid” med retten til foreldreansvar, er altså avhengig av at grensen for foreldreansvaret etter barneloven er overskredet. Da er konsekvensen at barnebortføringen blir å anse som ”ulovlig” etter dette vilkåret.

Når det er sagt, må det legges til at den norske oversettelsen, som bruker nettopp ordlyden ”ulovlig”, avviker noe fra den engelske ordlyden, som anvender ”wrongful” i motsetning til ordet ”unlawful”. Dette er fra teoretisk side formulert som et spørsmål om ulovlighet etter bostedslandets rett alltid er nødvendig.³⁵

Problemet kom på spissen i en engelsk rettsavgjørelse, *Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)*³⁶, der moren flyttet med barnet fra Colorado i USA til England. Ifølge bostedslandets rett var dette ikke ulovlig. Spørsmålet for retten ble derfor om det likevel kunne betraktes som ”wrongful”. Retten uttalte at den sto fritt fra å ta i betraktning morens rettigheter etter loven i Colorado og at dette for retten er irrelevant m.h.t. om en bortføring skal anses som ”wrongful”. Retten legger videre vekt på farens manglende samtykke og morens kunnskap om at faren var i mot en slik flytting, før den konkluderer med at bortføringen er i strid (”in breach of”) med farens rett til foreldreansvar, og at bortføringen derav er ”wrongful”.

4.5 Generelt om ”rett til foreldreansvar” som vilkår

Når ordlyden bruker begrepet ”rett til foreldreansvar” avgrenser den ikke begrepet mot tilfeller der kun én av foreldrene har ansvar; både felles og eneansvar omfattes av ordlyden. Uttrykket ”rett til foreldreansvar” defineres i HK 1980 art. 5 litra a som retten til omsorg for barnets person og ”særlig retten til å bestemme hvor barnet skal bo”.

Barnebortføringsloven har ikke gjennomført en bestemmelse med liknende definisjon; den veiledningen man får om begrepet, er gitt i forarbeidene som holder seg til å nevne at konvensjonens definisjon innebærer ”det man i norsk rett vil si reguleres av

³⁵ Kvisberg (2009) s. 352 – 353.

³⁶ [1995] Fam. 224, sub nom *Re F (Child Abduction: Risk if Returned)* [1995] 2 FLR 31.

foreldreansvaret”. Som tidligere nevnt i innledningen, mener forarbeidene med dette å vise til at det er de(n) med foreldreansvar som har rett til å avgjøre hvor barnet skal bo.³⁷ Etter som bostedslandets lov i første omgang er avgjørende for hvem som har foreldreansvar for barnet, er det relevant å gå til barnelovgivningen for å se hvilket bilde denne tegner opp av innholdet i begrepet. Her til lands er det barneloven som er relevante kilde til opplysning av dette, men heller ikke barneloven har noen definisjon av foreldreansvaret, annet enn at det innebærer rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet innenfor rammen av foreldreansvaret, jfr. § 30 første ledd.

Ved gjennomlesning av art. 3 i HK 1980, kan det fremstå som om det er helt og holdent opp til barnets bostedsland å fastslå et eventuelt foreldreansvar, og om bortføringen av barnet er i strid med retten til dette. Det som er viktig å understreke i denne sammenheng, er at det er bostedslandets lov som avgjør hvilket formelt grunnlag som kan være avgjørende for foreldreansvaret, og hvilke rammer som trekkes opp for utfoldelse av foreldreansvaret. Imidlertid er det slik at det avgjørende er om det som ligger i retten til foreldreansvar etter bostedslandets lov, faller inn under konvensjonens definisjon av ”rights of custody” i art. 5 litra a. Dette går frem av en engelsk rettsavgjørelse fra 1989, *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*³⁸ hvor en mor bortførte sin seks år gamle sønn fra Australia til England, som var hennes opprinnelige hjemland; sønnen hadde imidlertid bodd hele sitt liv i Australia, hvor moren og faren var skilt. Moren hadde omsorgen for barnet, men ordningen var at ingen av foreldrene kunne bringe barnet ut av landet uten samtykke fra den annen. Retten uttalte i spørsmålets sammenheng at ”it matters not in the least how those rights [of custody] are described in Australian law. What matters is whether those rights fall within the Convention definition of ’rights of custody’.” Da moren ikke hadde rett til alene å bestemme hvor barnet skulle bo etter den australske ordningen, og denne type avgjørelser faller inn under hva som er i strid med ”rights of custody” i konvensjonen, avgjorde retten (etter også å ha prøvet om et av unntakstilfellene

³⁷ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 18.

³⁸ [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] 5 Fam Law 228.

fikk anvendelse) at barnet kunne begjæres tilbakelevert. Kort oppsummert slås det altså fast at hvilke rettigheter en forelder har i relasjon til det bortførte barnet, fremgår av bostedslandets rett; hvorvidt disse rettighetene oppfyller konvensjonens begrep om rett til foreldreansvar, er et spørsmål for retten i mottakerlandet.

Uttrykket "rights of custody" skal som utgangspunkt tolkes vidt. Det går for det første frem av grunnlagene konvensjonen nevner som gyldige for foreldreansvar, nemlig lov, juridisk eller administrativt vedtak, samt overenskomst med rettslig gyldighet i henhold til loven i barnets bostedsland, jfr. art. 3 (2). For det andre går det frem når konvensjonen nevner at det er opptil flere som kan kreve tilbakelevering; det kan være person, institusjon eller annen instans (for eksempel en domstol). Når foreldreansvarsrettighetene etter et lands lov likevel må prøves opp mot konvensjonens begrepsinnhold, har det sin årsak i at HK 1980 bl.a. avgrenser strengt mot samværsrett kontra "rights of custody" som grunnlag for krav om tilbakelevering.

I tillegg til at en bortføring av et barn må være i strid med "rett til foreldreansvar" for å anses som ulovlig, er det et vilkår at foreldreansvaret faktisk ble utøvet på tidspunktet for bortføringen, eller ville ha blitt det dersom bortføringen ikke hadde inntruffet, jfr. HK 1980 art. 3 (1) litra b og barnebortføringsloven § 11 (2) litra b. Grunnen til at konvensjonen også forventer dette fra den som krever tilbakelevering, er at den har nettopp som formål å beskytte barn fra å bli revet fra deres vante sosiale miljø der de har sin følelsesmessige tilknytning; det foreligger en presumsjon fra konvensjonens side for at den som hadde foreldreansvaret også utøvde det i praksis.³⁹ Dersom dette ikke er faktum, blir vernet etter konvensjonen tilbudt til noen som ikke utøver et beskyttelsesverdig foreldreansvar.

At det etter konvensjonen er en presumsjon for at det finner sted en faktisk utøvelse av foreldreansvaret, trenger noe nærmere forklaring. I tillegg til at utøvelse er et vilkår for ulovlighet etter konvensjonen, har HK 1980 i art. 13 (1) litra a første komma inntatt en

³⁹ Rundskrivet s. 31.

unntaksbestemmelse som fritar fra plikt om tilbakelevering der foreldreansvaret ikke ble utøvet. Ved utformingen av konvensjonen, ble det diskutert om vilkåret i art. 3 (1) litra b, som representerer en bevisbyrde for den gjenværende forelderens om å vise sin utøvelse av ansvaret, skulle gjøre det vanskelig for ham eller henne å gå klar av en rett til tilbakelevering. Når vilkåret likevel ble stående, medfører det at art. 3 (1) litra b og 13 (1) litra a må leses i sammenheng. D.v.s. at mens den første artikkelen krever foreløpige bevis fra den gjenværende for utøvelse av foreldreansvaret, må bortføreren etter unntaksbestemmelsen bevise at den gjenværende ikke kunne sies å oppfylle vilkåret. Det er dette som er bakgrunnen for at konvensjonen bygger på en underliggende presumsjon for at den som har rett til foreldreansvar, faktisk også utøver dette. Det er bortføreren sin jobb å motbevise denne presumsjonen.⁴⁰

I barnebortføringsloven er unntakene fra tilbakeleveringsplikten listet opp i § 12 litra a – d. Blant disse finnes ikke et unntak som gjengir eller likner HK art. 13 (1) litra a om unntak fra tilbakeleveringsplikten i tilfelle av manglende utøvelse av foreldreansvaret. Den norske loven holder seg dermed til å liste opp faktisk utøvelse som ett av to kumulative vilkår for ”ulovlig” barnebortføring, jfr. § 11 (2) litra b. Forarbeidene opplyser i denne sammenheng at hvis denne forutsetningen ikke er oppfylt, kan det ikke treffes noen avgjørelse om tilbakelevering av barnet. Det kan videre leses at: ”Noen særlig bestemmelse om disse tilfellene er derfor ikke tatt med i § 12.”⁴¹ Hvis man da sammenholder lovteksten med det forarbeidene gir utfyllende informasjon om, kan det slutes at oppregningen av unntak i § 12 ikke er uttømmende.⁴² Til tross for at det å ta utøvelse av foreldreansvaret inn i HK 1980 som vilkår for ulovlighet og som unntak var et veloverveid og grundig drøftet punkt ved forhandlingene, har den norske lovgiveren likevel valgt å kun la det stå som vilkår for ulovlighet. Dette medfører at manglende faktisk utøvelse av foreldreansvaret etter

⁴⁰ Pérez-Vera-rapporten punkt 73. Kvisberg (2009) s. 463.

⁴¹ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 20.

⁴² Kvisberg (2009) s. 470.

barnebortføringsloven vil føre til at begjæring om tilbakelevering i utgangspunktet overhodet ikke kan fremmes fordi de kumulative vilkårene ikke oppfylles.

Selv om manglende faktisk utøvelse av foreldreansvaret er ett av to kumulative vilkår for å fremme begjæring om tilbakelevering etter barnebortføringsloven, må det ses i sammenheng med det som er skrevet ovenfor bevisbyrde. Med dette menes at som vilkår for "ulovlighet" etter barnebortføringsloven § 11 (2) litra b, trenger den gjenværende forelderen kun å føre foreløpige bevis. Dersom en mor bortfører sitt barn fra USA til Norge, vil den gjenværende faren dermed kunne kreve tilbakelevering etter § 11 (1), jfr. (2). Han vil være forpliktet til å føre foreløpige bevis for sin utøvelse av foreldreansvaret; disse bevisene stilles det i praksis ikke altfor store krav til med hensyn til at saksgangen skal være effektiv. Dersom moren derimot mener at det ikke var tilfellet, kan hun ikke påberope seg en unntaksbestemmelse om dette etter HK 1980-modellen, hvor hun ville fått anledning til å føre bevis for sitt standpunkt. Den norske utgaven etter barnebortføringsloven hvor det altså kun er inntatt som et vilkår for ulovlighet, stenger den bortførende fra å benytte seg av kravet som en unntaksbestemmelse; i stedet står den bortførende forelderen igjen med å måtte bestride bevisene og bevisvurderingen under vilkårene som stilles til begjæringen, og dermed påberope seg en annen unntaksbestemmelse. Retten får derfor rent praktisk færre unntak å prøve, mens den etter HK 1980-modellen måtte tatt stilling til flere retrettmuligheter for den bortførende.

Spørsmålet om presumsjon for utøvelse av foreldreansvar var ett av temaene i Rt. 1997 s. 1879. I saken, som omhandlet tvist om tilbakeføring, ble mor og barn igjen i Norge på ferie i etterkant av en julefeiring med morens familie. Barnefaren returnerte til USA alene, hvor familien hadde sitt bosted. Spørsmålet for Høyesteretts kjæremålsutvalg var da om tidsrommet fra nyttår 1996 / 1997 til mars 1997, hvor faren var i USA alene, førte til at foreldreansvaret ikke ble "faktisk utøvd", og derav ikke oppfylte vilkårene til "ulovlig" barnebortføring.

Retten uttalte at det gjelder en presumsjon for at ”et felles foreldreansvar rent faktisk også blir utøvd.” De uttaler videre at lagmannsrettens sterke understreking om at det er ”åpenbart uholdbart” at dette ikke også skal gjelde for faren bare fordi han ikke tok del i den daglige omsorgen tidligere på året, ikke gir uttrykk for ”uriktig lovtolkning”. Faren ble dermed ansett for faktisk å ha utøvet foreldreansvaret, og derav oppfylle vilkårene til ”ulovlig” barnebortføring. Bestemmelsen i barnebortføringsloven § 12 litra b om unntak fra plikten til tilbakelevering ble heller ikke tatt til følge, og kjæremålet ble forkastet. Kjennelsen var for øvrig enstemmig.

Det er intet vilkår etter konvensjonen at forelder og barn lever under samme tak. Dette er praktisk ved skolegang utenbys eller utenlands for barnet, da bestemmelsen fungerer slik at barnet anses bortreist etter samtykke fra bostedsforelderen. Samtykket er da en forlengelse av foreldreansvaret, som regnes som utøvet når barnet er bortreist på grunnlag av dette. Vilkåret om faktisk utøvelse av foreldreansvaret kreves ikke oppfylt i de tilfellene der en ulovlig tilbakeholdelse eller bortføring fører til at dette hindres; hadde dette vært tilfellet, ville reglene vært for stilistisk utformet og ikke gitt den beskyttelse de er ment å gi.

4.6 Hvem kan kreve tilbakelevering av barn?

Som nevnt er det et vilkår for tilbakelevering at bortføring strider mot ”rett til foreldreansvar”, jfr. HK 1980 art. 3 (1) og barnebortføringsloven § 11 (2). Foreldreansvaret må foreligge på tiden for bortføringen. Det går forutsetningsvis frem av at bortføringen nettopp er ”i strid” med rett til foreldreansvar.

En betegnende rettsavgjørelse er *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*⁴³: En mor påstått bortførte sin to år gamle sønn fra Australia til England, hennes opprinnelige hjemland. Barnefaren, som hun ikke var gift med, hadde ikke foreldreansvar for gutten ved

⁴³ [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom *C. v. S. (A Minor) (Abduction)*.

tidspunkt for avreise 21. mars 1990. Faren gikk imidlertid rettens vei i Australia for å få tilkjent foreldreansvar, som ble gitt ved dom 12. april 1990; fem dager senere begjærte han tilbakelevering av sønnen. Den engelske domstolen måtte ta stilling til om handlingen var i strid med rett til foreldreansvar (engelsk ordlyd: "in breach of rights of custody").

Om dette uttalte retten at på tidspunktet for handlingen var det moren som hadde foreldreansvar for barnet ene og alene. Den påfølgende dommen kunne ikke endre det og gjøre morens handling til en ulovlig bortføring. Med dette til grunn uttaler retten avsluttende om spørsmålet at den anser seg ubundet av den australske dommen. Det moren gjorde var dermed ikke i strid med rett til foreldreansvar, og handlingen ble etter dette ikke å betegne som en ulovlig bortføring.

Selv om det normalt er en person som har foreldreansvar for et barn, åpner regelverket for at en institusjon eller en instans som alene eller i fellesskap har foreldreansvar, også kan kreve tilbakelevering, jfr. de sistnevnte bestemmelser. Dette har den konsekvens at foreldreansvarsbegrepet etter HK 1980 får videre anvendelse enn det man i norsk praksis opererer etter ved barneloven; etter §§ 40 flg. i barneloven er det fysiske personer som stadfestes som barnets foreldre, enten det er tale om gifte personer, enslig mor m.v. Når man opererer med et "foreldreansvar" som favner videre enn det ellers gjør av innenlands lovs terminologi, er det fordi begrepet er av konvensjonsautonom art.⁴⁴ Med dette menes at alle land som har ratifisert HK 1980 skal tolke begrepet likt. For å sørge for at konvensjonen får den effekt og gjennomslag den er ment å ha, er dette helt sentralt; barnelovgivningen varierer fra land til land, men med en overordnet linje for tolkningen av begrepet slik det utarter seg i praksis, er man nærmere en ensartet tolkning enn man ellers ville vært.

⁴⁴ Kvisberg (2009) s. 337

4.7 Grunnlag for foreldreansvar

Foreldreansvar (engelsk ordlyd: "rights of custody") nedtegnes dermed som første vilkår for at en bortføring er "ulovlig" og som første vilkår på veien til overhodet å kunne kreve tilbakelevering av barnet. Ansvarer kan være en følge av lovgivning (i) eller av et juridisk eller administrativt vedtak (ii), men kan også følge av en tillatt "overenskomst" i henhold til loven i bostedslandet (iii), jfr. HK 1980 art. 3 (2), jfr. (1) litra a.

4.7.1 Lovgivning

Når HK 1980 bruker ordet "law", er det i praksis lagt til grunn at uttrykket også omfatter sedvanerett i tillegg til formell lovgivning.⁴⁵ Dette går ikke uten videre frem av ordlyden, hvor konvensjonen holder seg til å nevne tre grunnlag, men det ble eksempelvis lagt til grunn i *C. v. C. (Minors) (Child Abduction)*⁴⁶, hvor mottakerlandet var England og det begjærende landet USA. I denne saken hadde mor etter en skilsmisse bortført barna på ti og åtte år til England. Begge hadde bodd i USA helt frem til bortføringen fant sted. Moren hadde hovedomsorgen for barna, mens faren kun hadde samværsrett med dem.

Av sedvanerett i New York fulgte det at samværsforelder hadde krav på at hovedomsorgsperson for barna ikke flyttet så langt at det forstyrrer samværsforelders rett til samvær. Retten uttalte at det ikke er noen skarp distinksjon i uttrykket "law" mellom et eksplisitt forbud fastsatt i en rettskjennelse som følge av formell lov kontra et forbud som går frem av sedvanerett ("settled case law"). Fordi HK 1980 art. 14 gir myndighetene i mottakerlandet mulighet til å ta direkte hensyn til loven i bostedslandet, uten å bruke ellers særskilte fremgangsmåter som skulle vært anvendt for å føre bevis for det, kunne High Court i England dermed legge sedvaneretten til grunn. Konsekvensen ble dermed at bortføringen var i strid med rett til foreldreansvar etter "lov" og derav "wrongful".

⁴⁵ Kvisberg (2009) s. 370.

⁴⁶ [1992] 1 FLR 163.

At konvensjonen åpner for at også mer enn formell lov skal kunne nyttes som grunnlag etter ordlyden å dømme, kan dessuten ses i sammenheng med at HK 1980 benytter ordet ”wrongful” i motsetning til ”unlawful”. Hadde sistnevnte terminologi (som er snevrere i utformingen) vært i bruk, kunne dette tydet på en begrensning i hva man hadde måttet godta som grunnlag.

4.7.2 Vedtak

Retten til foreldreansvar kan for det annet følge av et vedtak (engelsk ordlyd: ”decision”), enten dette er av juridisk eller administrativ art. Praktiske eksempler på dette er henholdsvis dom og barnevernsvedtak. Konvensjonslandene er forpliktet til å godta en lang rekke av ulike vedtak, da begrepet ”decision” er brukt på videst mulig måte; det tar høyde for ethvert vedtak eller deler av et vedtak som vedrører foreldreansvaret for et barn. Retten til foreldreansvar kan være bygget på vedtak som er truffet i barnets bostedsland, men også i en tredje stat hvor vedtaket har gyldighet i bostedslandet. Enten disse er formelt godkjent eller ikke, kan det tas direkte hensyn til dem, og det også uten å nytte særskilte fremgangsmåter for anerkjennelse, jfr. HK 1980 art. 14. Det eneste som kreves ved denne fremgangsmåten, er at vedtaket ble lagt til grunn i bostedslandet og at foreldreansvaret ble utøvet i henhold til det.⁴⁷

4.7.3 Overenskomst

Som tredje og siste mulighet for rett til foreldreansvar nevner HK 1980 art. 3 (2) overenskomst med gyldighet i henhold til loven i bostedslandet. Det mest praktiske eksemplet er en privat enkeltavtale foreldrene i mellom vedr. foreldreansvaret for barnet. I medhold av barneloven § 35 tredje ledd, kan norske foreldre som ikke er gift eller bor sammen avtale at de skal ha felles foreldreansvar, eller at faren skal ha det alene. Avtalen

⁴⁷ Pérez-Vera-rapporten punkt 69. Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 18.

skal meldes til folkeregisteret, og etter oppfatningen i juridisk teori, er HK 1980 sitt krav til rettslig gyldighet oppfylt når avtalen er meldt dit.⁴⁸

Konvensjonen holder med dette muligheten åpen for at også ikke-formelle avgjørelser kan bestemme hvem som foreldreansvaret tilfaller. Når foreldre velger denne løsningen, setter det skjerpede krav til sentralmyndigheten i mottakerlandet som har til oppgave å kontrollere at alle konvensjonens vilkår er oppfylt. For å lette denne jobben, åpner konvensjonen i art. 15 for at sentralmyndigheten kan etterspørre et vedtak eller annen erklæring fra søkeren som bekrefter at bortføringen er ulovlig i bostedslandet, da også i forhold til muligheten for overenskomst mellom foreldrene og bekreftelse på at den er brutt. Tingretten i Norge har samme mulighet, da § 15 (2) åpner for å be om en ”avgjørelse” eller erklæring.

4.8 Sammenfatning

For at de rettslige styringsinstrumentene som er tilgjengelig skal kunne favne om flest mulig barnebortføringer, legges det som nevnt opp til at begrepet ”rett til foreldreansvar” (engelsk terminologi: ”rights of custody”), jfr. HK 1980 art. 3 (1) litra a og barnebortføringsloven § 11 (2) litra a, skal tolkes vidt. Mens bostedslandets rett bestemmer hva som ligger innenfor rammen av foreldreansvaret, er det domstolen i landet der barnet oppholder seg etter bortføring som skal prøve en begjæring om tilbakelevering.

Ved barnebortføringer fra Norge til andre konvensjonsland som forutsetningsvis opererer med HK 1980 i sin opprinnelige språkdrakt, er følgende sentralt når påfølgende begjæring skal prøves: Når foreldreansvaret er klarlagt m.h.t. hva en forelder med hjemmel i foreldreansvaret kan foreta seg med barnet av reiser o.l., er likevel det avgjørende hvorvidt dette ansvaret, slik det er trukket opp i bostedslandets rett, faller inn under definisjonen i HK 1980 av ”rett til foreldreansvar”. Når barn bortføres til Norge og norske domstoler skal undersøke hva bostedslandets rett bestemmer om begrepet, finnes det ikke noen liknende

⁴⁸ Kvisberg (2009) s. 372.

definisjon av det i barnebortføringsloven. Lovgiver har dog i forarbeidene gitt uttrykk for at man i begrepet særlig sikter til retten til å kunne bestemme hvor barnet skal bo.⁴⁹

Mens begrepet ”rett til foreldreansvar” er gjenstand for mange rettssaker, er kravet om at det også faktisk må ha vært utøvet, ikke like problematisk i praksis. Et eksempel på belysende rettspraksis om hvordan dette eventuelt kan komme på spissen, er inntatt i Rt. 1997 s. 1879, som også er omtalt tidligere.

5 Betydningen av barnets bosted

5.1 Innledning

I barnebortføringssaker, herunder de som løses etter HK 1980 og barnebortføringsloven, er barnets bosted et sentralt begrep. Art. 3 (1) litra a angir for eksempel at bortføring er ulovlig når en er i strid med rett til foreldreansvar i henhold til loven der barnet hadde sitt ”bosted” (engelsk ordlyd: ”habitual residence”); samme mønster er fulgt i barnebortføringsloven § 11 (2) litra a. Dermed har begrepet for det første betydning for hvilket lands lov som skal være avgjørende for hva som ligger i retten til foreldreansvar i det enkelte tilfelle.

For det annet har barnets bosted betydning for hvilket lands rett som har jurisdiksjon i en senere barnefordelingssak. Hovedregelen i konvensjonen er jo at ulovlig bortførte barn skal tilbakeleveres til sitt bostedsland og dermed oppfylle intensjonen om å gjenopprette status quo, jfr. HK 1980 art. 12 (1) og (2), jfr. art. 3 (1), og barnebortføringsloven § 11 (1), jfr. (2). Konvensjonen er bygget opp som en ren konvensjon om tilbakelevering; den avstår fra å gi muligheten til å ta stilling til fordeling av foreldreansvaret. Grunnen til dette, er at det

⁴⁹ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 18.

som tidligere nevnt er vurdert dit hen at det er best å avgjøre dette i barnets bostedsland, med de rammene bostedslandets lovgivning trekker opp for dette.

Begrepet har dessuten betydning i sin selvsagte sammenheng, nemlig rent geografisk; hvilke bosteder og derav hvilke barn i dem som konvensjonen får anvendelse for. I HK 1980 art. 4 og barnebortføringsloven § 11 (1) annet komma er det angitt at den gjelder for alle barn under 16 år som har sitt ”bosted” i en konvensjonsstat umiddelbart før bortføringen fant sted.

Selv om henvisningen til barnets ”bosted” kan fremstå som uproblematisk, har praksis tegnet et annet bilde. Familier med foreldre som er involvert med tilfeller av barnebortføring, har ofte internasjonal tilknytning; med dette menes en tendens til at de flytter og bor i opptil flere land, ikke kun begrenset til hvert av deres opprinnelige hjemland. Dette er for eksempel tilfellet hvor jobb i utlandet kommer inn i bildet. Når de i korte perioder bor i flere land, og den ene forelderen bortfører barnet til enda et nytt land, kan det oppstå utfordringer med hensyn til å fastslå hva som egentlig kan regnes for å være barnets ”bosted”. I denne forbindelse er det relevant å undersøke hva som skal til for å etablere et bosted og når man anses for å ha forlatt det, og igjen opprette et nytt. Tolkning av begrepet har vært gjenstand for gjennomgang i rettspraksis, så det vil i det følgende bli vist til eksempler for å belyse det rettslige problemet.

Ser man på hvordan ”bosted” er brukt i lovgivningen, går det raskt nok frem at begrepet ikke er entydig i sin anvendelse. Det benyttes som tilknytningsfaktor for internrettslig verneting, internasjonal jurisdiksjon (internasjonal prosessrett) og rettsvalg (internasjonal privatrett i snever forstand), og det benyttes på en rekke ulike rettsområder.⁵⁰ Uttrykket kan forekomme i ulike former, for eksempel ”bosted”, slik det forekommer i barnebortføringsloven, eller ”bopel”, som gjerne blir brukt i andre lover, for eksempel

⁵⁰ Kvisberg (2009) s. 103.

barneloven; kjernen i begrepet er uansett det samme. I en kjennelse⁵¹ avsagt av Høyesterett blir begrepet ”bopel” drøftet. Saken gjaldt konkursrett, og nærmere bestemt spørsmålet om en debitor, etter å ha drevet en omfattende virksomhet i Norge, kunne anses å ha sitt bopel i Oslo og dermed hjemting i Norge, da konkurs ble begjært og åpnet for Oslo skifterett; etter daværende tvistelovgivning var hjemting avhengig av hvor man har ”bopel”, og skifterettens internasjonale kompetanse avgjøres ut fra nettopp hvor hjemtinget er.

Høyesterett går først inn i loven og avklarer raskt at det ikke finnes noen legaldefinisjon av begrepet, og at de definisjoner som er forsøkt gjort i teori og praksis fremstår som ”løse og generelle”. Det uttales videre at et ”entydig begrep som gjelder i alle rettslige relasjoner, kan ikke oppstilles.” Fordi retten etter dette har få eller ingen holdepunkter å gå ut fra i tilknytning til begrepet, vil spørsmålet om det foreligger bopel i tvilstilfelle måtte bli ”en helhetsvurdering som i atskillig grad vil kunne bli skjønnsmessig.” I denne vurderingen vil formålet kunne komme inn som et moment. Etter å ha lest kjennelsen, kan det da statueres at Høyesterett legger opp til at begrepet skal kunne tilpasses og tjene formålet, slik at det får sin rette betydning i det konkrete tilfellet.

5.2 Nærmere om begrepet ”habitual residence” i HK 1980

Som nevnt over, er barns bosted avgjørende for rettsvalg (hvilket lands lov som skal legges til grunn for hva man regner for å være innenfor rammen av foreldreansvaret), jurisdiksjon og hvilke barn som i hvilke land som kan kreves tilbakelevert. Til tross for dets sentrale funksjon, finnes det ingen definisjon av begrepet i HK 1980. Fra teoretisk hold karakteriseres det som ”the family and the social environment in which [the child’s] life has developed”.⁵²

⁵¹ Rt. 1988 s. 1110.

⁵² Pérez-Vera-rapporten punkt 11.

Når det i praksis oppstår tvilsspørsmål om forståelsen av begrepet p.g.a. at det ikke finnes noen uttrykkelig definisjon som slår fast innholdet, er det opp til domstolen å fastsette barnets bosted konkret i hver enkelt sak. Konvensjonen er i utgangspunktet ment som rettslig verktøy for å ”sikre umiddelbar tilbakelevering”, jfr. HK 1980 art. 1 litra a. For å kunne få videst mulig anvendelse og derav regulere flest mulig situasjoner, er det lite hensiktsmessig med snever eller svært konkrete angivelser av sentrale begrep. Når HK 1980 overlater oppgaven med å prøve bostedsspørsmålet til domstolene i de enkelte medlemslandene, er de dermed ikke begrenset av en spesifikk anvendelse fra starten; de kan heller gå inn og gjøre den prøvingen ut fra de rettskildene som er tilgjengelig, for så å ta stilling til om barnet i det enkelte tilfelle har bosted i et konvensjonsland, og eventuelt i hvilket. Det er med andre ord faktum i de ulike sakene som sådan som skal vurderes, og det uten å være preget av en juridisk-teknisk definisjon.⁵³

Ved at det er domstolene i de ulike landene som skal tolke seg frem til betydningen av begrepet i det enkelte tilfellet, er risikoen stor for at de ulike lands domstoler ender opp med å legge opp til forskjellige innhold av det. Mens noen domstoler kanskje vil komme frem til at kun langvarige opphold kan etablere et nytt ”habitual residence”, vil andre muligens godta kortere og mer midlertidige opphold. Det kan også oppstå ulikheter med tanke på hvilke vilkår man legger til grunn for en slik etablering og hvilken betydning disse skal gis; et eksempel i denne forbindelse, er for eksempel samtykke fra den gjenværende forelderen.

5.2.1 Tre tilnærminger til begrepet tegnet opp i rettspraksis

Rettspraksis etter HK 1980 har vist at det etter hvert har tegnet seg opp tre ulike tilnærminger til hvordan å fastslå barns bosted. Disse vil det bli redegjort for i det følgende med eksempler fra rettspraksis.

⁵³ Kvisberg (2009) s. 131.

- i. Fastsettelse ut fra barnets faktiske situasjon (engelsk terminologi: ”child centred focus”)

I saken *Friedrich v. Friedrich*⁵⁴ ble et barn på omtrent halvannet år bortført fra Tyskland, hvor han hadde bodd hele sitt liv, til morens hjemland, USA. Dette skjedde like etter at foreldrene ble separert. Før dette bodde de på en militær amerikansk base i Tyskland. Spørsmålet i saken var hvor barnets bosted var.

Etter å ha slått fast at den militære basen i Tyskland ikke var regnet som amerikansk territorium (til forskjell fra ordningen med ambassader), uttalte retten i denne forbindelse at for å bestemme hva som er barnets bosted, må den vie sitt fokus til barnets ståsted. Videre ble det uttalt at en person som utgangspunkt kun kan ha ett bosted, og at det er rettens oppgave å se tilbake i tid, ikke fremover. Endring av bosted for barnet kan bare forandres av ”a change in geography and the passage of time”, og derimot ikke av ”parental affection and responsibility”. At moren ved bortføringen rent faktisk gikk over til å være hovedsorgstaker for barnet, utgjorde således ingen forskjell.

- ii. Fastsettelse ut fra barnets situasjon, men ut fra hensyn til foreldrenes intensjon (såkalt kombinasjonsfastsettelse) (Engelsk terminologi: ”combined child’s connection / parental intention focus”)

Denne tilnærmingen til begrepet var gjenstand for gjennomgang i dommen *Feder v. Evans-Feder*⁵⁵. Familien flyttet opprinnelig fra Tyskland til USA (staten Pennsylvania) i 1990, før faren – fortsatt mens de var gift – flyttet til Australia i januar 1994. Mor og barn dro like etter for å bo med ham der, men p.g.a. ekteskapsproblemer returnerte de to førstnevnte til USA i juli 1994 for å besøke besteforeldrene. Sommeren 1994 dro faren til mor og barn i USA fordi det avtalte

⁵⁴ 983 F.2d 1396, Court of Appeals (6th Cir.).

⁵⁵ 63 F.3d 217, Court of Appeal (3rd Cir.).

oppholdet var overskredet i tid. Spørsmålet for retten var om familien kunne anses som flyttet til Australia, slik at morens opphold i USA kunne anses som ulovlig tilbakeholdelse av barnet.

Retten uttaler i saken at en fastsettelse av barnets bosted må fokusere på barnet og bestå av en analyse av barnets situasjon i landet og foreldrenes felles hensikt med oppholdet der. Vurderingen beror ifølge retten ikke kun på fakta, men også på anvendelsen av det som er en rettslig standard (engelsk terminologi: "legal standard"). Med bakgrunn i disse utgangspunktene, kommer retten til at oppholdet i Australia på seks måneder er betydelig (engelsk terminologi: "significant") for en seks år gammel gutt. Selv om foreldrene i ettertid så oppholdet der fra forskjellige synsvinkler, var begge enige om å flytte dit, og det var til å begynne med deres felles intensjon å flytte dit for å etablere et nytt hjem for hele familien. Barnet ble etter dette ansett for å ha bosted i Australia, og morens opphold i USA med barnet ble utover den avtalte perioden ansett for å være ulovlig tilbakeholdelse.

- iii. Fastsettelse ut fra foreldrenes intensjoner (engelsk terminologi: "parental intention focus")

Tredje og sist finnes det eksempler på rettssaker hvor fastsettelse av barnets bosted har blitt bestemt ut fra en vurdering av foreldrenes intensjoner. Saken *Holder v. Holder*⁵⁶ er et eksempel på dette: Familien besto av foreldre med to sønner, henholdsvis seks og ett år gamle på tiden for den påstått ulovlige tilbakeholdelsen. Faren tjenestegjorde i US Air Force, som førte til at familien ofte måtte flytte p.g.a. hans utstasjoneringer. I årene 1995 – 1997 bodde familien i Japan, før de tilbrakte to år i California; faren var i denne perioden stasjonert i Tyskland. I september 1999 flyttet mor og barn etter, før de i mai 2000 reiste tilbake til USA; om formålet var

⁵⁶ 392 F.3d 1009, Court of Appeal (9th Cir.).

ferie eller endelig opphold, var for ankedomstolen omtvistet. Spørsmålet for retten var om barnas åtte måneders opphold i Tyskland gjorde at de kunne anses for å ha ”bosted” der, slik at morens opphold med dem i USA ble betegnet som ulovlig tilbakeholdelse.

Retten startet med å vise til at når to foreldre sammen har bestemt seg for å forlate ett bosted, får så å etablere et nytt i utlandet, er man generelt ikke villig til å la den ene forelderens reservasjoner mot dette komme i veien for det delte og felles formålet de i utgangspunktet hadde. Likevel, uttalte retten videre, var det slik at når flyttingen klart gjaldt for en spesifikk og begrenset periode, hadde domstoler nektet for at en forandret intensjon hos en av foreldrene kunne lede til en endring av barnets bosted. Etter rettens mening falt sakstilfellet inn under sistnevnte kategori. Ankedomstolen mente det riktig nok var et tvilstilfelle, men kom til at forrige instans ikke hadde feilet da den konkluderte med at foreldrene manglet en felles intensjon om å forlate USA som bosted og etablere et nytt i Tyskland. Barna ble derfor ikke ansett for å ha bosted i Tyskland, og morens opphold med dem i USA ble derfor heller ikke å regne som ulovlig tilbakeholdelse.

5.3 Betydningen av samtykke og etterfølgende godkjenning fra gjenværende forelder i forbindelse med endring av ”habitual residence”

Etter som HK 1980 art. 5 litra a bestemmer at retten til foreldreansvar etter konvensjonen særlig innebærer retten til å bestemme hvor barnet skal bo, er utgangspunktet at foreldre med felles foreldreansvar sammen bestemmer hvor barnet skal bo. Dersom en av dem ønsker å flytte mellom konvensjonsland med barnet, er det avhengig av samtykke fra den annen. Gjennomfører en av foreldrene flyttingen uten et slikt samtykke, kan barnet begjæres tilbakelevert, jfr. art. 12 (1) og (2), jfr. art. 3. At samtykke fra den gjenværende forelder utgjør forskjellen mellom ulovlig og lovlig bortføring av barnet etter konvensjonen, kan man lese seg til i unntaksbestemmelsen i art. 13 (1) litra a annet komma: Tilbakelevering er ikke pliktig dersom den gjenværende forelder samtykket i eller på et senere tidspunkt godtok bortføringen.

Samtykket eller godkjenningen må omfatte hele oppholdet. Med dette siktes det til at dersom en mor for eksempel får samtykke fra faren i å ta med deres felles barn som de har felles foreldreansvar for på en tre måneders ferie, så begrenses samtykket til denne tidsperioden; velger moren å ikke returnere, kan samtykket ikke strekkes til å gjelde for tiden utover det avtalte oppholdet. Har foreldrene gjort en avtale, tolkes samtykket strengt til å gjelde akkurat det tidsrommet den samtykkende forelder ble forespeilet.

5.3.1 Eksempler fra rettspraksis

i. Spørsmål om samtykke var gitt

I saken *Re W. (Abduction: Procedure)*⁵⁷ ble en gutt på to år bortført fra Irland til Wales av besteforeldrene. De brakte ham bort fra moren og over til nytt land, der faren holdt til. Foreldrene var ikke gift, og faren hadde ikke foreldreansvar for gutten. Spørsmålet i saken var om moren hadde samtykket i handlingen.

I omtalen av spørsmålet uttalte retten at for å statuere et samtykke, må bevisene være klare og overbevisende. Vanligvis vil slike bevis være skriftlige eller i det minste skriftlig dokumentert. Den endelige testen for å undersøke om bevisene holder vann, er ifølge å avveie sannsynligheten for de ulike mulighetene (engelsk terminologi: "the balance of probabilities"). Videre uttales det at jo mer seriøs saken er, desto mer overbevisende må bevisene være for å velte saken i den bortførendes favør. Retten endte opp med å betegne bevisene som utilstrekkelige, slik at moren ikke ble ansett for å ha samtykket i bortføringen. Dermed var det tale om en ulovlig bortføring, hvilket ledet til at begjæring om tilbakelevering ble tatt til følge.

⁵⁷ [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351.

Samme rettslige problem dukket opp i saken *Re K. (Abduction: Consent)*⁵⁸. Faktum gikk ut på at moren brakte med seg sin ett år gamle datter fra Texas, USA, til England; barnefaren var igjen i Texas. Da de to dro til England, var faren kjent med muligheten for at moren kunne bestemme seg for å bli der på permanent basis. Spørsmålet for retten var om dette kunne betraktes som samtykke til tilbakeholdelse av barnet.

Retten startet med å trekke opp rammen for bevisvurderingen, da den uttalte at samtykke må være sant, sikkert og utvetydig for å kunne bli lagt til grunn. Det vil kunne være omstendigheter som gjør at selv et uskrevet (muntlig) samtykke kan bli tatt til følge av en domstol. I tillegg kan det være tilfelle at et samtykke kan sluttes ut fra oppførsel.

I den konkrete saken var det tilstrekkelig for å statuere samtykke at faren, på tidspunktet for avreise til England, hadde tillatt moren å ta med seg deres felles barn, enda han var klar over at hun kunne ende opp med å bli der på permanent basis. Samtykket ble dermed lagt til grunn, og tilbakeholdelsen ble ikke å betegne som ulovlig. Begjæring om tilbakelevering ble derfor ikke tatt til følge.

ii. Spørsmål om etterfølgende godkjenning var gitt

I en engelsk sak, *Re S. (Minors) (Abduction: Acquiescence)*⁵⁹, dreide faktum seg om en mor som bortførte sine tre sønner fra Australia til England; barnefaren, som hun for øvrig var gift med, var tilbake i Australia. Det gikk inntil seks – syv måneder før faren begjærte tilbakelevering av barna. Det rettslige problemet som var gjenstand for tolkning, var om faren p.g.a. tiden som hadde passert, kunne sies å ha godkjent morens handling.

⁵⁸ [1997] 2 FLR 212, [1997] Fam Law 532.

⁵⁹ [1994] 1 FLR 819.

Ved vurderingen av problemet går retten først inn og undersøker hva som var grunnen til at det gikk med så lang tid. Den slår fast at det var mangelfull juridisk bistand som var årsaken. I denne saken gikk den mangelfulle juridiske bistanden ikke i farens disfavør, men retten holder videre døren på gløtt for at dette kan tilskrives den begjærende part i en konkret sak under visse omstendigheter hvor oppførselen tilsier det. Videre slår retten fast at den ikke har til oppgave å konsentrere seg om den bortførende forelders oppfatning av en eventuell godkjenning, men heller å undersøke hvorvidt den begjærende forelder faktisk godkjente handlingen. Retten fant at godkjenning ikke var gitt av faren, slik at bortføringen ble å regne som ulovlig. Tilbakelevering kunne derfor begjæres.

Også i *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)*⁶⁰ var det spørsmål om etterfølgende godkjenning var gitt. I sakstilfellet dro moren med tre barn på henholdsvis tre og to år, samt et på ni måneder, fra Israel til England. De to eldste barna hadde bodd både i England og Israel. Etter bortføringen forsøkte faren å sikre tilbakelevering av barna etter etablerte ortodokse jødiske prosedyrer. Da dette ikke lyktes, gikk han frem etter konvensjonen og begjærte tilbakelevering. Moren påberopte seg unntaket i art. 13 (1) litra a om at faren hadde samtykket. Avgjørende for om unntaksbestemmelsen skulle anvendes og tilbakelevering nektes, var dermed om faren kunne sies å ha godkjent handlingen.

Om godkjenning som sådan tok retten utgangspunkt i at det ikke skal gjøres noen distinksjon mellom uttrykkelig og stilltiende; begge deler kan oppfylle konvensjonens krav til godkjenning. Den subjektive intensjonen til den gjenværende forelder skal tas med i vurderingen av om godkjenning er gitt. Om bevisvurderingen uttaler retten at den kan ha lettere for å tillegge avgitte ord mer vekt enn tanker den gjenværende gjør seg om bortføringen. Likevel kan retten trekke subjektive slutninger ut fra de ytre omstendighetene og tillegge dette vekt.

⁶⁰ [1998] AC 72.

Nettopp det gjør retten når den trekker frem farens forutgående innsats for å få i stand en frivillig tilbakelevering etter etablerte ortodokse jødiske prosedyrer som hans hjemland og kultur opererer med. Denne handlingen er for retten tegn på at han ikke på noen måte kunne sies å ha godkjent bortføringen; da ville reaksjonen hans mest sannsynlig ikke vært den samme. Etter dette kommer retten til at faren ikke kunne sies å ha etterfølgende godkjent bortføringen. Unntaket i art. 13 (1) litra a annet komma ble derfor ikke anvendt, og tilbakelevering kunne begjæres.

5.4 Barns bosted etter en ulovlig bortføring

Hovedregelen i HK 1980 er kort og upresist gjenfortalt at ulovlig bortførte barn skal tilbakeføres til sine bostedsland. At barnet som ledd i den ulovlige bortføringen har kommet til et nytt land, endrer som hovedregel ikke dets opprinnelige hjemlands status som ”bosted”. Dette er et uskrevet prinsipp etter konvensjonen, som uten dette ville endt opp med å tilby gjenværende foreldre en illusorisk beskyttelse. I engelsk litteratur om emnet har det treffende blitt formulert som at en bortføring ”must not be allowed to change a child’s habitual residence.”⁶¹

I en engelsk dom, *Re P (GE) (An Infant)*⁶², uttalte en dommer i denne forbindelse at selv om det er en av barnets foreldre som bortfører barnet, kan barnets hjem ikke forandres ved å fjerne barnet fra dette. Det understrekes at saken gjaldt kidnapping av et spedbarn i motsetning til bortføring, og det var begrepet ”ordinary residence” som ble drøftet av retten i motsetning til ”habitual residence”; det var således ikke en sak etter HK 1980, men etter intern engelsk lov. Fordi kjernen i begge begrepene er den samme, og handlingen har samme karakteristikk selv om de reguleres av to ulike regelsett med forskjellig terminologi, har uttalelsen relevans fordi den bidrar til å belyse det rettslige problemet.

⁶¹ Lowe, Nicholls og Everall (2004) s. 66.

⁶² [1965] Ch 568, [1965] 2 WLR 1.

Det må imidlertid tas én reservasjon fra dette prinsippet: Etter hvert som tiden går, vil de faktiske forholdene være avgjørende med henhold til hva som fastsettes til å være barnets ”habitual residence”. Når domstolene da vurderer spørsmålet, vil de gå inn og undersøke hvor lang tid barna har tilbrakt i land(ene) de ble bortført til. Det vil i tillegg være relevant å undersøke den gjenværendes atferd og trekke slutninger fra denne; rettens arbeidsoppgave vil i så måte likne den de har etter HK art. 13 (1) litra a med hensyn til å finne ut av om gjenværende har samtykket i eller godkjent bortføringen.

En illustrerende rettsavgjørelse finner man i en kjennelse⁶³ avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg: Foreldrene til den åtte år gamle jenta giftet seg i 1995 og fikk barnet i 1997, før moren i 2005 bortførte datteren til Irland, hvor hun opprinnelig var fra. Ved et ferieopphold i Norge 2006 skulle datteren returnere til Irland 11. august etter en måneds ferie, men dette forekom ikke. Moren begjærte da tilbakelevering 18. august.

Kjæremålsutvalget tar utgangspunkt i barnebortføringslovens § 11 (1) om at ulovlig tilbakeholdte barn i Norge skal leveres tilbake straks dersom de umiddelbart før tilbakeholdelsen hadde ”bosted” i et land tilsluttet HK 1980. Det sentrale spørsmålet var da om datteren kunne sies å ha ”bosted” hos sin mor i Irland forut for besøket i Norge (avsnitt 10).

Høyesteretts kjæremålsutvalg starter med å vise til når mor og barn flyttet til Irland, nemlig oktober 2006; datteren var der helt frem til hun kom til Norge 11. juli. Dermed var hun fast i Irland i en periode på ca. ni måneder. Derfra går utvalget over til å vise til lagmannsrettens vurdering av bevisene lagt frem i spørsmålet om hvorvidt faren ved sin konkludente atferd hadde samtykket i bortføringen. Det som trekkes frem, er for det første at det aldri ble sendt noen flyttemelding til rette instans i Norge. Likevel, som kjæremålsutvalget fortsetter med å vise til, betalte faren under datterens opphold barnebidrag for henne på vanlig måte og han begjærte senere aldri tilbakelevering av

⁶³ Rt. 2007 s. 350.

datteren. Da datteren reiste til Norge sommeren 2006, var det foreldrene i mellom forutsetningen at dette var ment å være et ferieopphold da datteren hadde returbillett til Irland i august. Lagmannsretten fant dette som bevis for at datteren hadde hatt sitt "bosted" i Irland, og Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at denne tolkningen av barnebortføringsloven § 11 ikke var uriktig (avsnitt 12). Farens tilbakeholdelse av datteren ble dermed ansett å være ulovlig, og begjæringen om tilbakelevering fra morens hold ble tatt til følge.

Det Høyesteretts kjæremålsutvalg gjør i den refererte dommen over, er å foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av begrepet "bosted". Som redegjort for tidligere i avhandlingen, finnes det i internasjonal rettspraksis eksempler på tre ulike tilnærmingsmåter for hvordan å fastsette et barns "habitual residence". I dette tilfellet starter utvalget med å slå fast den relevante bestemmelsen for løsning av problemet, før det raskt slås fast at datteren har bodd i Irland med moren i "trekvarter år" (avsnitt 10). Når utvalget går frem slik, tar det utgangspunkt i barnets ståsted. I det relevante spørsmålet, om datteren kunne sies å ha "bosted" i Irland, går kjæremålsutvalget løs på foreldrenes intensjoner; dette gjøres ved å trekke slutninger ut fra de ytre omstendigheter. Det er særlig formelle og notoriske bevis de trekker frem, som manglende flyttemelding og betalte barnebidrag over en åtte måneders periode. Ved å foreta en kombinert fastsettelse ut fra barnet selv og foreldrenes intensjon, kommer kjæremålsutvalget til at jenta har "bosted" i Irland. Dette kommer retten til enda jenta har tilbrakt åtte år av sitt liv i Norge, kontra åtte måneder i Irland.

Helhetsvurderingen kjæremålsutvalget foretar i kjennelsen tyder på at det vil være vanskelig å angi en standard på hvor lenge et opphold må vare før et barn kan anses for å ha endret bosted. En samlet rettspraksis kan gi et visst bilde av forventninger til år, men fordi ingen saker er like og fordi det skal gjøres en helt konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i hver sak, må det utvises forsiktighet med å forsøke å skape en standard.

Etter norsk lov legges det opp til at etter hvert som barn er i stand til å danne seg sine egne standpunkt, skal foreldrene høre på barnet og ta det til etterretning før det tas avgjørelse i saker om ”personlege tilhøve” på barnets vegne, jfr. barneloven § 31 første ledd. At barnet ved en alder og modenhet som gjør at meningene deres om tilbakelevering bør vektlegges, er på samme måte gjort til et av unntakene for tilbakelevering, jfr. HK 1980 art. 13 (2). Barnets ytringer om endret bosted og de tankene det gjør seg om å bo der på permanent basis, kan derfor ut fra forutsetningene om oppnådd alder og modenhet legges til grunn som et moment i den helhetsvurderingen som retten gjør.

At det legges opp til å imøtegå barnets egne meninger, er også i tråd med hvordan begrepet ”habitual residence” blir karakterisert, nemlig som det miljøet hvor barnet har sin følelsesmessige og sosiale tilknytning. Dersom barnet etter en tid i nytt land med bortføreren opplever en voksende relasjon til landet p.g.a. for eksempel trivsel i det nye nærmiljøet, nye venner og kanskje har startet eller gjenopptatt sin skolegang der, taler gode grunner for at dette er momenter som kan utgjøre ”bosted” i konvensjonens forstand. I engelsk litteratur om emnet er dette omtalt som spørsmål om ”the quality of the connection” mellom barnet og landet. At dette er relevant, underbygges ved å vise til ulike engelske rettsavgjørelser der det er vektlagt.⁶⁴ Dette må likevel trekkes opp som momenter i den skjønnsmessige helhetsvurderingen som retten må foreta. Barnets tilknytning til nytt land og nærmiljø kan tas inn i vurderingen som subjektive momenter, sett fra en tilnærming som fokuserer på barnet og dets ståsted. De vil da bli vurdert opp mot objektive momenter lagt frem av partene i saken, slik som for eksempel hvor lenge det har bodd i nytt land osv.

5.4.1 Tidsaspektet; forskjellen mellom opphør av og etableringen av bosted

Når det av retten skal tas stilling til om barn kan sies å ha fått ”bosted” i nytt land, er det sentralt å trekke inn tidsaspektet som omtalt over. Det som imidlertid også krever noe omtale, er hvilken betydning tid har som moment i avgjørelsen av når et bosted opphører;

⁶⁴ Lowe, Everall og Nicholls (2004) s. 67 – 68.

d.v.s. hvor kort eller lang tid som skal til, hvilke momenter som kan være med på å avgjøre det m.v.

Det er først og fremst viktig å trekke opp paralleller til foreldreansvaret og hvilke bånd det legger på utøvelsen av det m.h.t. å kunne flytte med barnet. Ifølge norsk lovgivning kan forelder med ansvaret for barnet alene på egen hånd bestemme å flytte med barnet til utlandet, jfr. barneloven § 40 første ledd første punktum. Dersom en norsk mor med denne hjemmelen i bakhånd flytter til England, er barnets bosted endret fra den stund de har funnet seg til rette der. Dette er fordi det ikke er å anse som en ulovlig bortføring, da handlingen aldri kommer ”i strid med rett til foreldreansvar”, jfr. barnebortføringsloven § 11 (2) litra a.

Begrepet ”habitual residence” er et faktisk begrep.⁶⁵ Derfor vil det ved spørsmål om dette er etablert i nytt land nødvendigvis måtte trekkes inn rene faktaopplysninger, som fører til en objektiv vurdering av begrepet. Dette kommer frem i den tidligere nevnte engelske dommen *Re J (A Minor) (Abduction: Custody rights)*, som dreide seg om en mor som påstått bortførte sin to år gamle sønn fra Australia til England, hennes opprinnelige hjemland. Dette fant sted ved utgangen av mars 1990; faren begjærte tilbakelevering 19. april. Hun var ikke gift med barnefaren, som heller ikke hadde noe foreldreansvar for gutten. Spørsmålet for retten i England var bl.a. om barnet kunne sies å ha fått nytt ”habitual residence” der i perioden fra 30. mars til 19. april.

I den forbindelse starter retten med å vise til at begrepet ”habitual residence” er et faktisk begrep (engelsk terminologi: ”factual concept”), som skal fastslås ut fra en vanlig og naturlig forståelse. Det uttales videre at et bosted kan opphøre på en dag dersom det er en endelig avgjørelse (engelsk terminologi: ”settled intention”) å ikke returnere. For å etablere et bosted, må det derimot ha forløpt en viss periode på det nye stedet, i tillegg til at de involverte må ha en endelig intensjon om å bli der. Barnets evne til å etablere seg på nytt

⁶⁵ Pérez-Vera-rapporten punkt 66.

sted er avhengig av forelderen når det er tale om et ungt barn med kun én forelder. I denne saken var flyttingen en endelig beslutning for morens vedkommende, og fordi hun var eneste forelder for barnet med foreldreansvar, ble England å anse som barnets nye bosted. Det ble dermed ikke å anse som en ulovlig bortføring, og begjæring om tilbakelevering ble ikke tatt til følge.

5.5 Sammenfatning om begrepet "habitual residence"

Som behandlet ovenfor, er det tre ulike metoder for å kunne fastslå et barns bosted etter HK 1980 og barnebortføringsloven. Disse tar høyde for at begrepet har både en subjektiv og objektiv side. At det subjektive spiller inn ved fastsettelsen, vises når rettspraksis tar hensyn til foreldrenes intensjoner. Disse kommer frem ved at retten går gjennom bevisene og den dokumenterte atferden til partene, for så å trekke slutning ut fra dette.

Begrepets objektive side ligger i dets natur; det er ment å være et faktisk begrep. En slik form for begrep beror på fakta. Det er derfor det i fastsettelsen av barnets bosted trekkes frem hvor gammelt barnet er, hvor lenge foreldrene har bodd i landet de levde i samliv, om foreldrene var gift og delte foreldreomsorg for barnet, hvor lenge barnet har oppholdt seg i nytt land sammen med bortføreren m.v. Disse momentene er gjennomgående og nesten rent rutinemessig lagt til grunn i rettspraksis. Dermed kan man i en viss utstrekning mene at det i praksis er objektivisert. Det er når det er tvil om barnets tilknytning til dets nye land er sterk nok at foreldrenes subjektive hensikt tas hensyn til.⁶⁶

6 Avslutning

Formålet ved HK 1980 er å sikre "umiddelbar tilbakelevering" (engelsk ordlyd: "prompt return") av barn som er ulovlig bortført fra et konvensjonsland til et annet, jfr. art. 1 litra a. Dette stiller krav om effektiv saksbehandling av landene, hvilket uttrykkelig er nedfelt i art.

⁶⁶ Kvisberg (2009) s. 164.

11 (1); barnebortføringsloven bestemmer at sak om tilbakelevering skal behandles ”uten opphold”, jfr. § 16 (1). Selv om dette er et uttalt formål og et ønske ved gjennomføring av konvensjonen, tegner praksis opp et noe varierende bilde. Saker om tilbakelevering av barn kan trekke ut i tid, for eksempel ved at den bortførende forelderen forflytter seg internt i landet han eller hun bortfører barnet til o.s.v. Dette kan skje før begjæring om tilbakelevering i det hele tatt leveres, slik at starten av prosessen trekker ut, og mens begjæringen behandles.

Et godt eksempel, er den amerikanske dommen *Miller v. Miller*⁶⁷, som har rot i barnefordelingssaken partene i mellom fra 1997; moren ble tilkjent foreldreansvar, faren fikk samværsrett med barna. Etter en tid tok han barna ut av morens hjem i Canada ved makt i 1998, for så å bringe dem med seg til hans hjem i USA. Dette halte ut i en rettslig prosess, som endte med at moren begjærte tilbakelevering først i august 1998. som hun fikk gjennomslag for. Fordi barnefaren anket dommen, skulle det bli februar 2001 før endelig dom i saken ble avsagt, og anken ble forkastet. Fra start til slutt tok det dermed fire år før saken fikk sin definitive løsning. Saken tjener derfor som et godt eksempel på at selv om intensjonene om raskest mulig saksbehandling er der, er det mange innvirkende faktorer som gjør at prosessen ofte forsinkes.

I tillegg til at sakene som subsumeres under HK 1980 og barnebortføringsloven kan trekke ut i tid, er det også årlig barnebortføringer mellom land som ikke reguleres fordi landene eksempelvis ikke er gjensidige medlemmer av HK 1980 eller har inngått en bilateral avtale. I slike saker utgjør JD kun en begrenset rolle, og uten et juridisk instrument som styrer situasjonen, står man igjen med muligheten til å komme frem til en minnelig løsning partene i mellom.

⁶⁷ 240 F.3d 392 (4th Cir. 2001).

6.1 Veien videre

HK 1980 har allerede rukket å være en stor bidragsyter til rettslig løsning av barnebortføringer. En ny konvensjon er ikke bare på trappene – den er vedtatt av Haagkonferansen og har allerede blitt ratifisert av flere land. HK 1996 er per dags dato ikke ratifisert av Norge. Som nevnt under behandlingen av rettskildene, skiller denne seg ut fra HK 1980 ved at den bl.a. åpner for overføring av jurisdiksjon landene i mellom, og til en viss grad gir mulighet til å anvende utenlandsk rett. Utvalget som har vurdert innholdet av konvensjonen og sammenholdt den med norsk rett, beskriver at det er et ”visst praktisk behov for reglene i konvensjonen”, begrunnet i hvor vanlig det nå er i samfunnet å etablere seg med familie internasjonalt. Det pekes på at HK 1980 er et ”praktisk viktig instrument og at 1996-konvensjonen utfyller denne.”⁶⁸

Dersom Norge velger å ratifisere den nye konvensjonen, vil det medføre faktiske endringer fordi den på flere punkter innfører noe annet og nytt enn hva som er innholdet i HK 1980. Det er likevel utvalgets begrunnede oppfatning at Norge bør ta sikte på å ratifisere den. Norge, som har vært medlemsland av Haagkonferansen fra den så dagens lys, vil holde seg på nett med internasjonale nyskapninger dersom lovgiver tar utvalgets mening til følge. På samme måte som tidligere er det mulig for konvensjonsland å reservere seg mot gyldighet i forhold til land som senere tiltrer, men nå med en tidsfrist, jfr. HK 1996 art. 58 (3), jfr. (1).

⁶⁸ NOU 2004:16 punkt 4.2.3.

7 Register

7.1 Internasjonale konvensjoner

NFK	Den nordiske familierettskonvensjon, 6. februar 1931
HK 1980	Haagkonvensjonen, Haag 25. oktober 1980
HK 1996	Haagkonvensjonen 1996, Haag 19. oktober 1996
EK 1980	Europarådskonvensjonen, 20. mai 1980
BK	Barnekonvensjonen, 20. november 1989

7.2 Lover

1981	Lov om barn og foreldre (barneloven) av 8. april 1981 nr. 7
1988	Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske rettsavgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) av 8. juli 1988 nr. 72
1992	Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr. 62
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

7.3 Offentlige dokumenter

NOU 1972:16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett

NOU 2004:16 Vergemål

Ot. prp. nr. 3 (1998-99)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Ot. prp. nr. 52 (1987-88)	Om A Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar mv. og om tilbakelevering av barn. B Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådskonvensjonen 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og

	gjenopprettelse av foreldreansvar og Haagkonvensjonen 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring
Ot. prp. nr. 56 (1996-97)	Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barneloven)
Ot. prp. nr. 62 (1979-80)	Om lov om barn og foreldre (barnelova)
Innst. O. nr. 84 (1987-88)	Om A Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m.v. og om tilbakelevering av barn. B Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådskonvensjonen 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og gjenopprettelse av foreldreansvar og Haag-konvensjonen 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring

7.4 Norske rettsavgjørelser

7.4.1 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1988 s. 1110

Rt. 1997 s. 1879

Rt. 2007 s. 350

7.4.2 Lagmannsrettsavgjørelser

RG 1999 s. 1555 (Gulating Lagmannsrett)

7.5 Utenlandsk rettspraksis

7.5.1 England

Re P (GE) (An Infant) [1965] Ch 568, [1965] 2 WLR 1, [1964] 3 All ER 977

Re C (A minor) (Abduction) [1988] 1 FLR 403

C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] Fam Law 228, Incadat HC/E/UKe 34

Re J. (A minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub num C. v. S. (A minor) (Abduction), Incadat HC/E/UKe 2

Re S. (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1994] 1 FLR 819, Incadat HC/E/UKe 47

Re F. (A minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, sub nom Re F. (Child Abduction: Risk if Returned) [1995] 2 FLR 31, Incadat HC/E/UKe 8

Re W. (Abduction: Procedure) [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351, Incadat HC/R/UKe 37

Re K. (Abduction: Consent) [1997] 2 FLR 212, [1997] Fam Law 532, Incadat HC/E/UKe 55

Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72, Incadat HC/E/UKe 46

7.5.2 USA

Friedrich v. Friedrich, 983 F.2d 1396, 125 ALR Fed. 703 (6th Cir. 1993), Incadat HC/E/USf 142

Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995), Incadat HC/E/USf 83

Miller v. Miller, 240 F.3d 392 (4th Cir. 2001), Incadat HC/E/USf 461

Holder v. Holder, 392 F.3d 1009 (9th Cir 2004), Incadat HC/E/USf 777

7.6 Rundskriv

Rundskriv G-136/91: Europarådskonvensjonen og Haagkonvensjonen om barnebortføring. Om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar mv. og om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring

7.7 Juridisk litteratur

Backer, Inge Lorange *Barneloven. Kommentarutgave*. 2. utg. Oslo, 2008.

Kvisberg, Torunn *Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnefordeling*. Oslo, 2009.

Lowe, Nigel, Mark Everall og Michael Nicholls *International Movement of Children. Law Practice and Procedure*. Bristol, 2004.

7.8 Tidsskriftsartikler

Syse, Aslak. *Skjerpet kamp mot barnebortføring*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål. Nr. 3 2009, s. 128.

7.9 Offentlige dokumenter utarbeidet av Haagkonferansen (HCCH)

7.9.1 Rapport

Pérez-Vera, Elisa *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, Hague Conference on private international law*. Haag, 1982.

7.9.2 Statutter

HCCH *Statute of the Hague Conference on Private International Law*. Haag, 1955.

7.9.3 Katalog

HCCH *Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice*. Haag, 2008.

7.10 Nettsider

- i. Portal om barnebortføring opprettet av Justisdepartementet og Utenriksdepartementet:
www.barnebortforing.no
- ii. Haagkonferansens nettsider vedr. HK 1980:
http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=24

- iii. Database for utenlandsk rettspraksis som henvist til i avhandlingen:
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showDetail&lng=1>